المملكـة العربيـة السـعودية
وزارة التعليم العالـي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المعهـد العالـي للقضـاء
قسـم السـياسـة الشـرعية
شـعبة الأنظمـة

تحـول العـقد المالي وأثـره

دراسـة مقـارنـة

إعداد

إبراهيـم بن عبد الرحمـن بن سـعد السحيلـي

إشراف

د. يوسف بن عبدالله الخضيـر

١٤٢٤/١٤٢٥هـ



شكـر وتقديـر

- لكل من ساعدني في إعداد هذا البحث سواء في جمع مراجع، أو طباعة، أو تدقيق وتصحيح.

- لفضيلة الدكتور المشرف على البحث حيث لم يبخل علي بنصحه وتوجيهه.

- لفضيلة الدكتور المناقش الذي أعطاني من وقته وجهده لإبداء آراءه وملحوظاته.

أسأل الله يجزيهم خير الجزاء على ما قدموا وأن يجعل ذلك في موازين أعمالهم.

المقدمـــة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شـرور أنفـسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فـلا هـادي لـه وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبـده ورسـوله وبعد...

فالإنسان مدني بطبعه، لا يستطيع أن يعيش وحده مكتفياً بنفسه، بل لا بد له أن يعيش في مجتمع يستفيد منه ويفيده ويتأثر به ويؤثر فيه، وإذا كان ذلك كذلك كان لابد أن تكون هناك معاملات وتصرفات تجري بين البشر لتجعـل عجلة الحياة تسير بيسر وسهولة، ولا شك أن العقود من أهم هذه التـصرفات في الحياة العملية .

ونتيجة للتطور المذهل الذي حصل في العصور الحديثة بحيـث خـرج الكثير من العقود سواء كانت تجارية أو مدنية، واشترط لصحة هـذه العقـود شروطاً ووضع لصحة نفاذها ضوابط بحيث متى توافرت فيها هذه الـشروط والتزمت بالضوابط خرجت من دائرة الفساد والبطلان، ومتى ما اختل شـرط أو انخرم ضابط بطل هذا العقد.

انبرى كثير من الشراح إلى إيجاد حلول مناسبة للتقليـل مـن حـالات البطلان التي تعتري هذه العقود إسهاماً منهم في تحقيق غايات الناس وأهدافهم الاقتصادية والاجتماعية ومن هذه الحلول التي خرجت " نظرية تحول العقد " حيث حوت في مضمونها كيفية تحول العقد الباطل إلى عقد صـحيح وهـذه النظرية تكلم عنها فقهاء الشريعة وتطبيقاتها منثورة في الكتب الفقهية .

ولقد وجدت في نفسي أن أبحث هذا الموضوع « تحول العقد المـالي- دراسة مقارنة » وعزمت - بعد التوكل على الله - أن أجعله بحثـاً تكميليـاً لدراستي في المعهد العالي للقضاء، ولاختيار هذا الموضوع أسباب.

أسباب اختيار هذا الموضوع:

١- الاستفادة من البحث في هذا الموضوع وتقديمه أطروحة علمية.

٢- أن هذا الموضوع يكتسب أهمية في ظل الأنظمة التي تسعى دائماً إلى التقليل من حالات بطلان العقود وفسادها.

٣- أن هذا الموضوع يسعى إلى تحقيق غايات الناس وأهـدافهم بمـا يؤمن من تصحيح العقود الاقتصادية والاجتماعية.

٤- أن هذا الموضوع له أصل وأساس في الشريعة الإسلامية فخليـق بنا أن نسلط الضوء عليه في الأنظمة الوضعية.

٥- أن فقهاء الشريعة – رحمهم الله تعالى – بحثوا هذا الموضـوع ، فتطبيقاته منثورة في الكتب الفقهية بخلاف شراح الأنظمـة فجهـودهم محصورة.

٦- أن هذا الموضوع لم أجد من كتب فيه بخصوصه رسالة أكاديمية حسب بحثي واطلاعي على المكتبات مقارناً فيه بين الأنظمة الوضعية والشريعة الإسلامية، فعزمت أن أكتب فيه ليعم النفع والفائدة.

الدراسات السابقة:

لم أجد رسالة علمية تكلمت عن هذا الموضوع ودرسته دراسة مقارنة بين الفقه والنظام، وإنما وجدت رسالة في مكتبة المعهد العالي للقضاء بعنـوان « التحول وأثره في الفقه الإسلامي » وقد حوت هذه الرسـالة فـي عمومهـا تطبيقات لتحول العقد في الفقه الإسلامي.

منهجي في البحث:

يتبين منهجي في هذا البحث بالأمـ ـور التاليـ ـة:

١- جمع ما ورد في هذا الموضوع حسب الإمكان من النصوص الشرعية وآثار الصحابة وأقوال أهل العلم وما ورد في الأنظمة.

٢- أرتب موضوعات البحث في فصول، والفصول تتكون من مباحـ ث، والمباحث تتكون من مطالب، والمطالب تتكون من فروع، وقـ د أذكـ ر توطئة لبعضها.

٣- عند الاستدلال بالقرآن الكريم أذكر اسم السورة ورقم الآية.

٤- أقوم بتخريج الأحاديث من مصادرها ونقل كلام أهل العلم في الحكـ م عليها وبيان درجتها ما لم تكن في الصحيحين أو أحدهما.

٥- عند التعاريف اللغوية أرجع إلى المعاجم والقـ واميس وأذكـ ر اسـ م المرجع ورقم الصفحة .

٦- عند التعاريف الاصطلاحية أذكر كل تعريف منسوباً إلى صاحبه ثـ م أختار منها تعريفاً مبيناً أسباب اختياره.

٧- عند ذكر المسائل أو الشروط: -

أ- إن كان محل اتفاق، ذكرت الحكم أو الشرط بدليله.

ب- وإن كان محل اختلاف، أذكر كل قول بأدلته ومن قال به إن أمكن ثم أذكر الراجح مع بيان سبب الترجيح.

٨. إن نقلـت عبارة بنصها أجعلها بين قوسين وأشير في الحاشـية إلى اسم الكتاب والقائل، وإن لم أنقل العبارة بنصها لم أجعلهـا بين قوسين وهذا يكون فيه تصرف وأشير إليه في الحاشية.

٩. اعتمدت على كتب الأنظمة السعودية، وقد أنقل من غيرها فـي الأشياء المتفق عليها.

١٠. أقوم بالمقارنة في بحثي بين ما نصت عليه الأنظمة وبين ما جاء في الفقه الإسلامي.

١١. أقوم بترجمة للأعلام وتكون ترجمة مختصرة.

١٢. أهتم بعلامات الترقيم واللغة العربيـة الفـصحى والكتابـة العربية السليمة.

١٣. أختم البحث بخاتمة أبين فيها أهم نتـائج البحـث وبعـض التوصيات، ثم بفهارس للآيات والأحاديث والآثـار والأعـلام والمراجع والمصادر، ثم أخيراً فهرس الموضوعات.

تقسيمـات البحـث :-

وتشتمل على ما يأتي:-

المقدمـة : وتتكون من :

١- أهمية الموضوع.

٢- أسباب اختيار الموضوع.

٣- الدراسات السابقة.

٤- منهج البحث.

٥- خطة البحث.

التمهيـد في التعريف بمفردات العنوان :

المبحث الأول : تعريف العقد. وفيه مطالب :

المطلب الأول : تعريف العقد في اللغة.

المطلب الثاني : تعريف العقد في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث : تعريف العقد في النظام.

المبحث الثاني : أقسام العقد من حيث الصحة والبطلان.

المطلب الأول : العقد الصحيح.

المطلب الثاني : العقد غير الصحيح.

المبحث الثالث : المقصود بتحول العقد.

المطلب الأول : المقصود بتحول العقد في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني : المقصود بتحول العقد في النظام.

الفصل الأول : تمييز تحول العقد عما يشتبه به :

المبحث الأول : تحول العقد والانتقاص (البطلان الجزئي).

المبحث الثاني : تحول العقد وإجازته.

المبحث الثالث : تحول العقد وإقراره.

المبحث الرابع : تحول العقد وتطويعه.

المبحث الخامس : تحول العقد وتفسيره.

المبحث السادس : تحول العقد وتكييفه.

الفصل الثاني: شروط تحول العقد.

المبحث الأول : تعرض العقد للبطلان.

المطلب الأول : مفهوم البطلان والغاية منه.

المطلب الثاني : أسباب البطلان.

المطلب الثالث : مراتب البطلان.

المطلب الرابع : تمييز البطلان عما يشتبه به.

المبحث الثاني : الإرادة في تحول العقد.

المطلب الأول : إرادة المتعاقدين في تحول العقد.

المطلب الثاني : إرادة القضاء في تحول العقد.

المبحث الثالث : موافقة العقد الباطل أركان عقد صحيح آخر أو عناصره.

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للعقد الصحيح الآخر.

المطلب الثاني : أركان أو عناصر العقد الآخر.

الفصل الثالث : آثار تحول العقد : -

المبحث الأول : آثار التحول في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني : آثار التحول في النظام.

المبحث الثالث : آثار التحول من حيث الزمان والأشخاص.

الفصل الرابع : تطبيقات على تحول العقد : -

المبحث الأول : تطبيقات على تحول العقد في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني : تطبيقات على تحول العقد في النظام السعودي.

المبحث الثالث : تطبيقات قضائية على تحول العقد.

الخاتـمـــة:

النتائـج والتوصيـات.

الفهارس :-

فهـرس الآيـات.

فهـرس الأحاديث والآثـار.

فهـرس الأعـلام.

فهـرس المصـادر والمـراجـع.

فهـرس الموضوعـات.

والله أسأل أن يسدد الخطا ويبارك في الجهود، وله الحمد سبحانه في الأولـى والآخرة.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين ...

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ...

الفصل التمهيدي

ويشتمل على المباحث التالية :

المبحث الأول : تعريف العقد، وذلك في اللغة وفي الفقه وفي النظام.

المبحث الثاني : أقسام العقد، وذلك من حيث الصحة والبطلان.

المبحث الثالث : المقصود بتحول العقد، وذلك في الفقه وفي النظام .

المبحث الأول

تعريف العقد

ويشتمل على المطالب التالية:

المطلب الأول : تعريف العقد في اللغة.

المطلب الثاني : تعريف العقـد فـي الفقـه الإسلامي .

المطلب الثالث :تعريف العقد في النظام.

المطلب الأول

تعريف العقد في اللغة

قال ابن فارس[1] :"العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شد وشدة وتوثق ".[2] ويطلق في اللغة على فروع كثيرة ترجع إلى هذا الأصل ومنها:

١- الربط والشد: سواء استعمل في الربط الحسي كعقدت الحبل أم في الربط المعنوي كعقدت البيع.[3]

٢- التوكيد والتغليظ والتوثيق[4] : ومنه قوله تعالى : { ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان}.[5]

---

(1) هو :ابو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي ولد سنة ٣٢٩ه ، إمام لغوي ومفسر،من أشهر مؤلفاته : جامع التأويل في تفسير القرآن --سيرة النبي صلى الله عليه وسلم - المجمل في اللغة --معجم مقاييس اللغة وغيرها ، توفي سنة ٣٩٠ وقيل ٣٩٥ انظر في ترجمته : سير أعلام النبلاء (١٠٣/١٧)، وفيات الأعيان (١١٨/١) ، بغية الوعاة (٣٥٢/١).

([2])معجم مقاييس اللغة (٨٦/٤).

([3])انظر : لسان العرب (٣١٠،٣٠٩/٩)، القاموس المحيط (٢٧٢)، تاج العروس (٣٩٤/٨).

([4]) انظر : معجم مقاييس اللغة (٨٦/٤).

([5])سورة المائدة : ٨٩.

٣- الضمان والعهد[١] : ومنه قوله تعالى : { ولاَ تَعزِموا عقْدةَ النكـاحِ حتى يبلُغَ الْكتَاب أَجلَه}[٢].

٤- الإلزاق : ومنه عقد البناء بالجص يعقده عقداً ألزقه.[3]

([1]) انظر : تاج العروس (٣٩٥/٨)

([2]) سورة البقرة : ٢٣٥.

([3]) انظر : المعجم الوسيط (٧٣٦/٢).

المطلب الثاني

تعريف العقد في الشريعة الإسلامية

لا يبعد معنى العقد في اصطلاح الفقهاء عن معناه اللغوي، بل هو في الواقع تقييد للمعنى اللغوي وحصر له وتخصيص لما فيه من العموم.

والمتتبع لكلام الفقهاء يجد أنهم يطلقون العقد ويريدون به معنيين:

الأول : المعنى الخاص

وهو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في المحل،[1] ويمكن أن يقال : "المعاملة التي يلتزمها الطرفان بربط الإيجاب بالقبول".[2]

ويتضح من هذين التعريفين أن العقد هو ما يتوقف فيه الالتزام على اجتماع إرادتين، أي على إيجاب وقبول، ففي عقد البيع مثلاً يكون الأثر الشرعي الذي يثبت في المحل المعقود عليه هو تمليك المبيع للمشتري بعد أن كان مملوكاً للبائع وتمليك الثمن للبائع، وبذلك يتم العقد بإيجاب وقبول وهذا هو الأثر الشرعي الذي يثبت في المحل المعقود عليه. وبناء على هذين التعريفين فإن ما يتم بإرادة واحدة لا يسمى عقداً، فالوقف ليس بعقد لأنه يتم من المالك وحده دون أن يشترك فيه أحد، وكذلك الطلاق المجرد من المال والعتق، وكذا اليمين وغيرها كل ذلك ليس عقداً بالمعنى المتقدم وإنما يمكن أن يسمى التزاماً إذا كان ملزماً أو وعداً إذا كان غير ملزم.

([1]) انظر : حاشية ابن عابدين (٥٠٥/٤)، حاشية الدسوقي (٥/٣)، روضة الطالبين (٣٣٦/٣)، المغني (٥/٦).

([2]) مجلة الأحكام الشرعية – أحمد عبدالله القاري م ١٦٢ (١٠٧).

إذا تبين هذا فإن العقد بمفهومه الخاص هـو ارتبـاط إرادتـين سـواء بالأصالة أو النيابة أو الوكالة من شخصين أو من شخص واحد إذا كان وكيلاً أو نائباً عن طرفين، ويعبر عن هاتين الإرادتين كلمتا الإيجاب والقبول.[1]

الثاني: المعنى العام

هناك من الفقهاء من عرف العقد بتعريف أعم من التعريـف الخـاص فأطلق لفظ "العقد" على معنى أوسع وأشمل من معناه الخاص، فعمـم معنـى العقد على كل ما يعزم الإنسان على فعله وعلى كل ما يلزم به المرء نفـسه. حتى إن الجصاص[2] وهو من فقهاء الحنفية أطلق كلمة العقد على كل شـرط يشترطه المرء على نفسه حيث قال : "العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه".[3] ومن هذا التعريف يتضح أنه لا يشترط العدد في الإرادة بل يكفي لانعقاد العقد إرادة واحدة، وبناء عليه فإن التصرفات التي لا تقابلها التزامات أخرى على طريق التبادل من طرف آخر تسمى عقوداً بهذا المعنى كالإعتاق والطلاق واليمين وغيرها.

وخلاصة ما سبق أن العقد عند الفقهاء يطلق على معنيين:

([1]) انظر : الأموال ونظرية العقد – محمد يوسف موسى (٢٢٩،٢٣٠)، النظرية العامة للالتـزام – العبـدلاوي (١٠٥،١٠٦).

([2]) الإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي المعروف بالجصاص نسبةً إلى عمله بالجص، ولد في بغـداد سـنة ٣٠٥هـ وتوفي سنة ٣٧٠هـ، من مصنفاته أحكام القرآن – شرح مختصر الكرخي – شرح مختصر الطحـاوي انظر في ترجمته : طبقات الحنفية (٨٤/١) ،سير أعلام النبلاء (٣٤٠/١٦).

([3]) أحكام القرآن (٢٨٥/٣).

الأول: معنى عام يتناول جميع التصرفات والالتزامات التـي ترتـب آثـاراً شرعية.

الثاني: معنى خاص يتناول التصرفات والالتزامات التـي تـتم بإيجـاب وقبول.

والمتتبع لكتب الفقهاء يجد أن كلا الاستعمالين سـائغ، إلا أن التعريـف بالمعنى الخاص هو المشهور وهو السائد عندهم وهو الأكثر تداولاً، وتعمـيم العقد على ما كان بإرادة منفردة فيه توسع في الاستعمال، وإطلاقه علـى مـا كان فيه إيجاب وقبول بين إرادتين أقرب إلى الاصطلاح، بل إنه إذا أطلقـت كلمة العقد يتبادر إلى الفهم المعنى الخاص.[1]

([1]) انظر : نظرية العقد – محمد أبو زهرة (١٩٩،٢٠٠)، الأموال ونظرية العقـد – محمـد يوسـف موسـى (٢٢٩،٢٣٠)، نظرية العقد الموقوف – عبدا لرزاق فـرج (١٤)، النظريـة العامـة للالتـزام – العبـدلاوي (١٠٥،١٠٦).

المطلب الثالث

معنى العقد في النظام

لقد عرفت بعض الأنظمة العربية العقد شأنها في ذلـك شـأن القـانون الفرنسي حينما عرف العقد بأنه: "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عـن فعله".[1]

وممن سار على هذا المنهج القانون الأردني حين عرف العقـد بأنـه : "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجـب عليـه للآخر".[2]

وممن سار أيضاً على هذا المنهج القانون الكويتي، حيث عرف العقـد بأنه : "تطابق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني يرتبه القانون إعمـالاً له".[3]

في حين أغفلت أنظمة أخرى ذكر تعريف له مثل القـانون المـصري والقانون الليبي والقانون المغربي، أما النظام السعودي فلم أجد للعقد تعريفـاً

([1]) المادة (١١٠١) من القانون الفرنسي، نقلاً من نظرية العقد للسنهوري (٨٠).

([2]) المادة (٨٧) من القانون المدني الأردني.

([3]) المادة (٣١) من القانون المدني الكويتي، والمادة (١٠٣) من قانون التجارة الكويتي.

المطلب الأول

أقسام العقد من حيث الصحة والبطلان في الفقه الإسلامي

ينقسم العقد من حيث الصحة والبطلان إلى عقد صحيح وغير صحيح من حيث الجملة أما من حيث التفصيل فسنذكره في قسمين:

القسم الأول : العقد الصحيح

اتفق الفقهاء على أن العقد الصحيح هو ما كان سبباً صالحاً لترتيب آثاره الشرعية عليه أو هو ما أفاد صحة المقصود منه كالملك في البيع، والعقد الصحيح هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، بأن أجازه الشارع وأباح التعامل به ثم توافرت فيه أركان وشروط الصحة وانتفت عنه الموانع التي تمنع صحته بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية.[1]

ويمكن تقسيم العقد الصحيح من حيث النفاذ واللزوم وعدمه إلى ثلاثة أقسام:

إما أن يكون نافذا، والنافذ إما أن يكون لازما أو غير لازم، أو يكون موقوفا. وسنتناول كل قسم على حده.

([1]) انظر : تبيين الحقائق – الزيلعي (٤٤/٤)، حاشية الدسوقي (٥٤/٣)، المغني – ابن قدامة (٣٢٧/٦)، مجلة الأحكام الشرعية – القاري م ١٦٣ (١٠٧).

أولاً : العقد النافذ اللازم

يمكن أن يعرف بأنه : "ما يمتنع على أحد المتعاقـدين فـسخه بمفـرده كالبيع الصحيح العاري عن الخيارات".[1] أو "هو ما كـان مـشروعاً بأصـله ووصفه ولم يتعلق به حق للغير ولا خيار فيه وليس لأحـد العاقـدين حـق الرجوع فيه بإرادته"، فإذا كان كذلك كان عقداً صحيحاً نافذاً لازماً كعقد البيع وعقد الإيجار ونحوهما، [2] وبالتالي يترتب عليه جميع أثاره المعتبرة شـرعاً ولا يملك أحد المتعاقدين فسخه وإبطاله أو التحلل منه، ويجب على كل واحـد الوفاء به و إلاّ أجبر على ذلك قضاء، ولكن يجوز للمتعاقدين أن يتفقا علـى الفسخ والتقايل منه ما لم يكن العقد مما لا يقبل الفسخ كالنكاح والخلـع، أمـا العقود التي تقبل الفسخ فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا على فسخها وإنهاء أثرهـا كعقود المعاوضات المالية من البيع والإيجارة والمزارعة ونحوها، فهذه وإن كان لا يجوز لأحد العاقدين فيها أ ن يستقل بفسخها إلا أنه يجـوز للعاقـدين فيها أن يتفقا على الفسخ وبالتالي ينتهي أثرها .[3]

([1]) مجلة الأحكام الشرعية- القاري م ١٦٥ (١٠٨).

([2]) انظر : البحر الرائق – لابن نجيم (٥/ ٢٨٢)، بدائع الصنائع - الكاساني (٥/ ٢٢٨) – الوسيط في نظريـة العقد – عبد المجيد الحكيم (٥٢٨)، الشريعة الإسلامية – بدران أبو العينين (٤٣٠).

([3]) انظر : الملكية ونظرية العقد – أحمد فراج حسين (٣٠٠- ٣٠١).

ثانياً : العقد النافذ غير اللازم

العقد الصحيح النافذ غير اللازم هو نفس الـلازم مـستكمل الـشروط والأركان ومشروعاً بأصله ووصفه إلا أنه يحق لأحد العاقدين الرجوع بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى رضا الطرف الآخر .

فهناك عقود بطبيعتها تقبل الرجوع فيها بالإرادة المنفردة دون اشـتراط رضا الطرف الآخر، ومن أمثلة هذه العقـود الوديعـة والعاريـة والوكالـة ونحوها، وهناك عقود يكون فيها الخيار لأحد العاقدين كخيار الشرط والرؤية والعيب ونحو ذلك .[1]

ثالثاً : العقد الموقوف أو غير النافذ

العقد الموقوف هو الذي يصدر من غير مالك له أو من مالك ليس لـه أهلية التصرف، فمثال الأول كمن يبيع ملك غيره بغير إذنه وليس له ولايـة ولا وكالة، و مثل الثاني كأن يصدر العقد من مجنون أو محجور عليه لـسفه ففي هذه الأحوال يكون العقد موقوفاً غير نافذ حتى يجيزه المالك أو مـن لـه أهلية التصرف، ولهذا فبيع الفضولي مال غيره موقوف على إجازة صـاحب

([1]) انظر: البحر الرائق لابن نجم (٥/ ٢٨٢)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٢٨)، الوسيط في نظرية العقد – عبد المجيـد الحكيم (٥٢٨)، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي – محمد مصطفى شلبي (٣٦٩- ٣٧٢)، الملكية ونظرية العقد – أحمد فراج حسين (٣٠١- ٣٠٢).

الملك فإن أجازة صح وإن رده بطل، وبيع الصبي موقوف على إجازة وليـه وهكذا. [1]

وقد اختلف الفقهاء في كون العقد الموقوف من أقسام الـصحيح علـى قولين :

القول الأول: أنه عقد صحيح متوقف على الإجازة وتترتب عليه أثـاره الشرعية بعد إجازته ممن له حق الإجازة.

القول الثاني: أنه عقد غير صحيح ولو أجازه من له حق الإجازة .[2]

القسم الثاني: العقد غير الصحيح

اتفق العلماء على أن العقد ينقسم من حيث الصحة والبطلان إلى صحيح وغير صحيح ولكن اختلفوا في غير الصحيح هل هو قسم واحد أو أكثر.

جمهور العلماء ذهبوا إلى أن العقد غير الصحيح لا ينقسم ويطلق عليـه الباطل أو الفاسد من باب ترادف الألفاظ على معنى واحد، وعندهم أن الباطل أو الفاسد هو : " التصرف الذي لا يترتب عليه آثره وذلك لعدم مـشروعيته سواء بأصله أو بوصفة ".

وذهب الحنفية إلى إثبات قسم بين الصحيح والباطل وسـموه بالفاسـد، فالباطل عندهم: ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه ومن ثم فلا يصلح لأن يترتب عليه أثره الشرعي لأنه معدوم شرعاً ولا تلحقه الإجازة كأن يكون

([1]) انظر: البحر الرائق لابن نجم (٥/ ٢٨٢)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٢٨)، الوسيط في نظرية العقد – عبد المجيـد الحكيم (٥٢٠ - ٥٢٣)، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي – محمد مصطفى شلبي (٣٦٩)، الملكية ونظرية العقد – أحمد فراج حسين (٣٠٢).

([2]) انظر: أعلام الموقعين (٢/ ٢٧).

العاقد مجنوناً، أما الفاسد فهو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، أي اختـل فيه شرط من شروطه وأركانه سليمة كالبيع بثمن مجهول.

ولعل سبب الخلاف بينهم راجع إلى اختلافهم في أثر النهي في المنهـي عنه فإذا نهى الشارع عن عقد من العقود، فالجمهور يرون أن هـذا النهـي يقتضي عدم وجود العقد شرعاً سواء كان راجعاً إلى أصـل العقـد أو إلـى وصفه، أما الحنفية فيقولون إذا كان عائد إلى أصل العقد فهو باطـل أمـا إذا رجع إلى وصف ملازم فإن الوصف يبطل ولا يبطل أصل العقد. [1]

وفي الحقيقة أننا إذا أمعنّا النظر في تقسيم العقد غير الصحيح عند كل من الأحناف وجمهور الفقهاء نجد أن رأي الحنفية أكثر دقّة فهم لا يجعلـون الخلل في الأصل كالخلل في الوصف، وفي هذا يقول الأستاذ السنهوري :"ولا شك أن في تفريق الحنفية بين أصل العقد ووصفة والتمييز تبعاً لذلك بين العقد الباطل والعقد الفاسد صناعة فقهية محكمة قد انفردوا بها".[2]

([1]) انظر: أصول السرخسي (١٨٠/١)، إرشاد الفحول – الشوكاني (١٩٣/١)، تبيين الحقائق – الزيلعي (٤٤/٤)، التنبيه للشيرازي (١/ ٨٨)، الملكية ونظرية العقد - لأبي زهرة (٤١٠)، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي لشلبي (٣٦٣).

([2]) مصادر الحق في الفقه الإسلامي (١٥٠/٤).

المطلب الثاني

أقسام العقد من حيث الصحة والبطلان في النظام

ينقسم العقد في القانون من حيث الصحة والبطلان إلى صحيح وباطـل، والباطل إما أن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً أو باطلاً بطلاناً نسبياً.

فالعقد الصحيح هو ما توفرت أركانه وشروط صحته وكان العاقد كامل الأهلية ورضاؤه غير معيب، وتترتب عليه آثاره فور انعقاده وهذا لا يختلـف في مضمونه عما ذهب إليه فقهاء الشريعة والإسلامية .

أما العقد الباطل بطلاناً مطلقاً فهو ما انعدم فيه ركن من أركانه أو فقـد شرطاً من شروط المحل أو السبب، والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم ولكن يجوز عمله من جديد وهذا يقابل العقد الباطل في الفقه الإسلامي.

أما العقد الباطل بطلاناً نسبياً أو العقد القابل للإبطال فهو مـا اسـتوفى أركانه ولكن تخلف فيه شرط من شروط الصحة فهذا العقد يظل صحيحاً حتى يقضي القاضي بإبطاله استجابة لطلب من شرع البطلان لمصلحته، فإذا تقرر البطلان زال العقد بأثر رجعي كأنه لم يكن وإذا أجازه صاحب الحق سقط حقه في الإبطال، وهذه سمات العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ولـيس كالعقـد الفاسد الذي قرره الحنفية لأن العقد الفاسد يجب على المتعاقـدين فـسخه ولا

يملك أحد إجازته وإذا ثبت حكمه في بعض الصور يثبت بالقيمـة لا بـالثمن المسمى في العقد وهذا مما جعل الفقه الإسلامي يتفرد بمرتبة الفساد في العقود فهذه المرتبة لا وجود لها في القوانين الحديثة. [1]

([1]) انظر: نظرية العقد - السنهوري (٦٠١- ٦٠٢)، نظرية العقد الموقوف – عبد الرزاق حسن فرج (٣٣،٣٤)، نظرية العقد – عبد العظيم شرف الدين (١٥٤، ١٥٥)، نظرية العقد – عبد الفتاح عبد الباقي (٤٦٥)، الوسيط في نظرية العقد – عبد المجيد الحكيم (٥٠٧).

المبحث الثالث

المقصود بتحول العقد

ويشتمل على المطلبين التاليين:

المطلب الأول :المقصود بتحول العقـد فـي الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : المقصود بتحول العقد فـي النظام .

المبحث الثالث

المقصود بتحول العقد

تمهيد:

امتداداً لما سبق وبعد أن بيّنّا تعريف العقد وعرفنا أقـسامه فـي الفقـه والنظام، كان من الواجب علينا أن نعرف المقصود بموضوعنا "تحول العقـد" ونقف على حقيقته قبل أن نحلق في سمائه، وانطلاقاً من المبدأ الذي التزمنا به وهو أن دراستنا دراسة مقارنة تحتم علينا أن نعرف المقصود بتحول العقد في الفقه ثم نتعرف عليه بعد ذلك في النظام وهو ما سيكون في هذا المبحـث إن شاء الله، وسيكون ذلك في مطلبين .

المطلب الأول

المقصود بتحول العقد في الفقه الإسلامي

التحول في اللغة هو الانتقال، يقال تحول من مكانه إذا انتقل عنه إلـى موضع آخر.[١]

أما تحول العقد في الاصطلاح فيقصد به أنه إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، وكان يتضمن أركانا أو عناصر عقد آخر رغم بطلانه فـإن العقـد الذي قصد إليه المتعاقدان وهو العقد الباطل يتحول إلى العقد الـذي تـوافرت عناصره وهو العقد الصحيح وبالتالي تترتب آثار العقد الصحيح الشرعية. [٢]

وفكرة تحول العقد في الفقه الإسلامي موجودة قبل أن يخرجها لنا شراح القوانين الوضعية وذلك أن الفقهاء المسلمين قد اهتموا بالعقود وحرصوا على استثمارها بقدر المستطاع في الحدود التي لا تخالف أحكام وقواعد الـشرع، ومن هنا جاءت كثير من القواعد الفقهية التي تؤكد هذا الوجود مثل قاعـدة : (إعمال الكلام أولى من إهماله)[٣]، وقاعدة : (هل العبـرة بـصيغ العقـود أو بمعانيها؟) [٤]

([1]) انظر: المصباح المنير (٨٤)، مختار الصحاح (١٦٣).

([2]) انظر: نظرية العقد للسنهوري (٦٣٤)، نظرية العقد للعبدلاوي (٥٨١)، الوسيط في نظرية العقد – عبد المجيد الحكيم (٤٧٩).

([3]) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٤٥)

([4]) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٠٤).

وتؤكد هاتان القاعدتان أن العبرة في العقود والتصرفات بما تتجه إليه إرادة المتعاقدين، وأن الآثار الشرعية المترتبة تكون على وفق ما قصده المتعاقدان حتى لو كانت الألفاظ التي استعملها المتعاقدان مخالفة لمقصدهم.

ونجد هذا واضحاً جلياً في كلام ابن رجب الحنبلي،[1] حيث يقرر في قواعده (فيما إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه، فيه خلاف يلتفت إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى) ثم ساق بعد ذلك مسائل متفرعة عن هذه المسألة منها: " لو أسلم في شيء حالاً فهل يصح ويكون بيعاً أو لا يصح " فيها وجهان الثاني منها أنه يصح، ومنها: " لو قال له في دين السلم صالحني منه على مثل الثمن قال القاضي يصح ويكون إقاله ، وقال هو وابن عقيل لا يجوز بيع الدين من الغريم بمثله لأنه نفس حقه فيخرج في المسألة وجهان التفاتاً إلى اللفظ والمعنى".[2]

ومن الأمثلة والتطبيقات أيضاً على تحول العقد عند الفقهاء :

جريان حكم الرهن في بيع الوفاء في بعض الأحكام، ومعنى بيع الوفاء أن البائع يبيع السلعة[3] ويشترط على المشتري أنه إذا رد الثمن يرد عليه السلعة، وهذا إذا نظرنا إلى قصد المتعاقدين من هذا البيع لوجدنا أنه قرض مرهون برهن، فالقرض هو الثمن الذي يسلمه المشتري للبائع والرهن هو

([1]) هو: الحافظ ابو الفرج عبدالرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الدمشقي الحنبلي – ولد سنة ٧٠٦ في بغداد كا ن محدثا،وفقيها، وأصوليا. توفي سنة ٧٩٥، من مصنفاته شرح جامع الترمذي - الاستخراج لأحكام الخراج انظر في ترجمته :الدرر الكامنه (١٠٨/٣)، شذرات الذهب (٣٣٩/٦).

([2]) القواعد لابن رجب قاعدة ٣٨ (٤٩،٥٠).

(3) انظر : البحر الرائق لابن لجيم (٨/٦)، حاشية ابن عابدين (٣٣٣/٢).

السلعة التي يستلمها المشتري من البائع، وبالتالي يمكن أن تطبق عليه أحكـام الرهن ويعتبر عقد البيع عقداً صورياً لا يرتب الأثر الشرعي المقصود منـه وهو تمليك البائع الثمن وتمليك المشتري السلعة وإعطاء كل منهمـا حريـة التصرف الكامل فيما يملك، لأننا نلحظ من بيع الوفاء أن هناك شروطاً ضمنيةً تشترط في هذا البيع ومنها: أنه لا يحق للمشتري بيع مبيع الوفاء للغيـر إلا بإذن الآخر، وأن العقار المبيع بالوفاء لا يؤخذ بالشفعة ولو بيع عقار بجانبـه فالشفعة فيه للمالك وهو البائع لا المشتري، وبالتالي يقرب هذا العقد من الرهن فتطبق عليه أحكامه.[1]

ومن الأمثلة أيضاً على هذه النظرية في الفقه الإسلامي، التصرفات التي تصدر من المريض مرض الموت من بيع وشراء وإيجـارة ووقـف وهبـة وغيرها، كل هذه تأخذ حكم الوصية فيما كان داخلاً في الثلث وما زاد فلا ينفذ إلا بإجازة من الورثة. [2]

ومن الأمثلة المعاصرة التي يمكن أن تطبق على نظرية العقـد، البيـع الذي يكون الثمن فيه تافهاً ويكون مكتوباً في ورقة رسمية، فالبيع باطل لتفاهة الثمن ولكن هذا البيع يتضمن عناصر الهبة ففيه الإيجاب والقبول ونية التبرع لذلك يتحول البيع الباطل إلى هبة صحيحة. [3]

وبهذا نرى أن نظرية تحول العقد وتطبيقاتهـا مقـررة عنـد الفقهـاء المسلمين بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك حينما أقـاموا التحـول علـى أسـاس

([1]) انظر : شرح القواعد الفقهية – أحمد الزرقاء (٥٦-٥٨)، تحول العقد للفتلاوي (١٤)

([2]) انظر : المغني لابن قدامة (٨/ ٤٧٣- ٤٧٤)

([3]) نظرية العقد للسنهوري (٦٣٤- ٦٣٥).

موضوعي بدلاً من الأساس الذاتي، فالإرادة لديهم تنشئ العقد فقط أما أحكـام العقود وآثارها تكون من الشارع لا من العاقد.[1]

([1]) انظر: الموافقات للشاطبي (٢١٤/١)، مصادر الحق - السنهوري (٤/ ١٤٢).

المطلب الثاني

المقصود بتحول العقد في النظام

لا يختلف المقصود بتحول العقد في النظام عنه في الفقه الإسلامي بـل كلام شراح القوانين هو تقعيد لما ذكره علماء الفقه الإسلامي وجمع لأحكامه وحصر لفروعه على شكل نظرية أو على هيئة مواد نظامية كما في كثير من الكتب القانونية والأنظمة الوضعية.

فشراح القوانين وواضعو الأنظمة حينما يتكلمون عـن تحـول العقـد، يقصدون بذلك أن العقد الذي حكم ببطلانه إذا كان مشتملاً على عناصر عقـد صحيح واتجهت إرادة المتعاقدين إلى تطبيق العقد الصحيح فإن العقد الباطـل الأصلي يتحول إلى العقد الصحيح الجديد وبناء عليه تطبق على العقد أحكـام العقد الجديد وتترتب عليه آثاره الشرعية.

وإذا أردنا أن نورد نبذة موجزة عن نشأة نظرية تحول العقد في النظـام نجد أنها ولدت في القرن التاسع عشر حينما صاغها الفقهاء الألمان وأخذ بها القانون الألماني كقاعدة عامة في المادة (١٤٠) من القانون المدني الألمـاني والتي تنص على ما يلي:

" إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخـر، فهـذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه، ولو كانا يعلمان بالبطلان " [1]

وقد أخذت كثير من الأنظمة العربية بهذه النظرية واعتمدتها مثل القانون المدني المصري في المادة (١٤٤)، والقانون المدني السوري فـي المـادة (١٤٥)، والقانون التجاري الكويتي في المادة (١٤٠) وغيرها. [2]

أما النظام السعودي فلم أجد له نصاً يقرر نظرية تحول العقـد وعـدم وجود نص لا يعني عدم صحة الأخذ بهذه النظرية، وإنما يرجع فيهـا إلـى القواعد العامه في هذا الخصوص ، ولذلك نجد أن لها تطبيقات فـي بعـض الأنظمة، فمثلاً في الأوراق التجارية نجد أنه قد يترتب علـى نقـص بعـض البيانات الإلزامية في الكمبيالة بطلانها ككمبيالة، ولكن يمكن أن تعتبر ورقـة تجارية آخرى ومثال ذلك :

أنه يشترط في الكمبيالة أن يذكر اسم من يلزمه الوفاء وهو المـسحوب عليه كما نصت على ذلك المادة (١) فقرة (ج)، ولكن إذا تخلف هذا الـشرط فلا تعد كمبيالة صحيحة ولكن قد تعتبر سنداً لأمـر يخـضع لنظـام الأوراق التجارية إذا تضمنت الكمبيالة كافة البيانات اللازمة لصحة السند لأمر.

([1]) انظر: نظرية العقد للسنهوري (٦٣٤).

([2]) انظر: نظرية العقد في البلاد العربية – عبد المنعم فرج الصدة (٤٤٦) – تحول العقد - الفتلاوي (٢٠).

وبهذا نكون قد وصلنا إلى نهاية هذا الفصل التمهيدي، وسنبدأ بعد ذلـك بالفصل الأول من هذا الموضوع وهو تمييز تحول العقد عما يشتبه بـه مـن مصطلحات.

الفصل الأول

تمييز تحول العقد عما يشتبه به

ويشتمل على المباحث التالية :

المبحث الأول: تحول العقد والانتقاص (الـبطلان الجزئي)

المبحث الثاني: تحول العقد وإجازته.

المبحث الثالث: تحول العقد وإقراره.

المبحث الرابع: تحول العقد وتطويعه.

المبحث الخامس: تحول العقد وتفسيره.

المبحث السادس: تحول العقد وتكييفه.

الفصل الأول
تمييز تحول العقد عما يشتبه به

تمهيد:

بعد أن عرفنا المقصود بمصطلح " تحول العقد " في الفقه والنظام، ووقفنا على حقيقته وعرفنا أنه من الممكن أن يرتب آثاراً شرعية باعتباره واقعة، كان لابد لنا أن نميز هذا المصطلح عن غيره من المصطلحات التي تشتبه به وتقترب منه كثيرا إما لكونها تنتج آثاراً أو لكونها تتفق معه في بعض الشروط أو غير ذلك حتى نزيل الالتباس ونكشف الغموض الذي قد يحدث من جراء هذا التشابه.

ومن هنا رأينا أن نورد هذا الفصل " تمييز تحول العقد عما يشتبه به " وذلك لتكون رؤيتنا لهذا الموضوع أكثر وضوحاً وجلاء وحتى نقف على معناه بشكل واضح لا لبس فيه ولا غموض.

وسوف نبحث في هذا الفصل أوجه التشابه بين تحول العقد وبين النظم والمصطلحات التي تقترب منه وتتشابه معه، ثم نبين بعد ذلك أوجه الاختلاف التي تميز التحول عن غيره وتجعل منه نظاماً قانونياً مستقلاً بطبيعته وشروطه وآثاره.

وسوف تكون دراستنا لهذا الفصل في عدة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول : تحول العقد والانتقاص (البطلان الجزئي)

المبحث الثاني: تحول العقد وإجازته.

المبحث الثالث: تحول العقد وإقراره.

المبحث الرابع: تحول العقد وتطويعه.

المبحث الخامس: تحول العقد و تفسيره.

المبحث السادس: تحول العقد وتكييفه.

المبحث الأول

تحول العقد والانتقاص (البطلان الجزئي)

ويشتمل على المطلبين التاليين:

المطلب الأول :نبذه في معنى الانتقاص .

المطلب الثاني :تمييز التحول عن الانتقاص .

المطلب الأول

نبذة في معنى الانتقاص

تقوم فكرة انتقاص العقد على أ نه إذا تعددت أجزاء العقد واعترى البطلان بعض هذه الأجزاء ولم يعتري البعض الآخر ، فإن الأجـزاء التـي لحقهـا البطلان تبطل دون بقية الأجزاء إذا تبين أن العقد يمكن أن يتم بغير الجـزء الباطل .

وبناء عليه فنظرية انتقاص العقد تتعلق بعقد باطل أو قابل للإبطـال قـضي فعلا بإبطاله، أما إذا كان العقد صحيحاً فلا يجوز الانتقاص منـه إلا باتفـاق الطرفين وكذا إذا كان العقد باطلا كله فلا يجوز اقتصار البطلان على جزء منه لأن هذا الجزء باطل كسائر أجزاء العقد . إنما الذي يجوز الانتقاص منه هو العقد الذي يكون جزء منه باطلا والآخر صحيحا بشرط ألا تكون الأجزاء مترابطة بحيث لا يمكن فصلها، و إلا ففي هذه الحالة يبطل العقد بأكمله.[1]

وفي الحقيقة أن فكرة انتقاص العقد موجودة ومعلومـة لـدى الفقهـاء المسلمين وهو ما يعرف عندهم بتفريق الصفقة إلا أن الأخذ بها كـان محـل

([1]) انظر : مصادر الحق – السنهوري (٩٩/٤، ١٠٠)، نظرية العقد - سليمان مرقس (٣٠١)، الوسيط في نظرية العقد عبد المجيد الحكيم (٤٨٢)، أحكام إنقاص العقد الباطل - عادل السيد (٣١ – ٣٥) .

خلاف بينهم بين مجيز ومانع،[1] وفي هذا يقول الشيرازي[2] الشافعي " إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه، كالحر والعبد وعبده وعبد غيره ، ففيه قولان : أحدهما تفرق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز ويـصح فيما يجوز ، لأنه ليس إبطاله فيهما لبطلانه في أحدهما بأولى من تـصحيحه فيهما لصحته في أحدهما فبطل محل أحدهما دون الآخر وبقيا على حكمهمـا فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز، والقول الثاني : أن الـصفقة لا تفـرق فيبطل العقد فيهما".[3] أما واضعو الأنظمة وشراح القوانين فقد سـارعوا فـي صياغة فكرة انتقاص العقد على شكل مادة نظامية، فعمدت كثير من الأنظمة العربية إلى صياغة هذه الفكرة والعمل بها كمادة نظامية، ومن الأمثلة علـى ذلك ما جاء في القانون المدني المصري في المادة (١٤٣) أنـه : "إذا كـان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطـل إلا إذا تبين أن العقد ما كان يتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".[4]

إذا تبين هذا فإن نظرية انتقاص العقد لا يمكن أن تطبق عند القائلين بالأخذ بها إلا بشروط وضوابط منها :

([1]) انظر : تبين الحقائق للزيلعي (٦٠/٤) ، المغني لابن قدامه (٢٦١/٤) .

([2]) هو: إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبدالله الشيرازي ، ولد سنة ٣٩٣هـ وتوفي سنة٤٧٦هـ من مصنفاته: التنبيه _ المهذب _التبصرة _اللمع _طبقات الفقهاء وغيرها انظر في ترجمته : سير أعـلام النـبلاء (٤٥٣/١٨) ،طبقات الشافعية الكبرى (٢١٥/٤) .

([3]) المهذب (١/ ٢٦٩) .

([4]) انظر : نظرية العقد – محي الدين إسماعيل علم الدين (٣٩٤) ، نظرية العقد سليمان مرقس (٣٠١- ٣٠٢) .

١. أن يعتري البطلان العقد الأصلي، وأن يكون البطلان في جزء من العقد فلو كان صحيحاً كله أو باطلاً كله لما صح أن تطبق عليه نظرية الانتقاص .
٢. أن يكون الجزء الذي لم يعتريه البطلان غير مترابط مع الأجزاء التي اعتراها ويمكن أن ينفصل عنها بحيث يصلح الجزء الصحيح بغير الجزء الباطل أما إذا تبين أن الجزء الصحيح لا يمكن أن ينفصل عن بقية الأجزاء فيبطل العقد كله .
٣. وفقاً لبعض النظريات يشترط أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بالجزء الصحيح وترك الباطل بحيث تتجه الإرادتين لإعمال الانتقاص .

المطلب الثاني

تمييز التحول عن الانتقاص

بعد أن علمنا المقصود بالانتقاص يمكننا الآن أن نجري مقارنـة بـين نظرية تحول العقد ونظرية انتقاصه ونجد أن هاتين النظريتين تتفقان في أمور وتختلفان في أمور أخرى فنبدأ أولا بأوجه الشبه بينهما :

أولاً : أوجه التشابه بين نظرية تحول العقد ونظرية انتقاصه :

١. أن كلا النظريتين تقومان على نفس الفكرة الأساسية وهي استثمار العقد إلى أكبر قدر طالما أنه يمكن أن يستثمر ومتفق مع غرض المتعاقدين .
٢. أن كلا النظريتين وفقا لبعض النظريات تقومان على معيار ذاتـي أساسـه مبدأ سلطان الإرادة ففي التحول لابد أن نتيجة إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بعناصر العقد الصحيح وفي الانتقاص لابد تتجه إرادتها إلى الأخذ بالجزء الصحيح من العقد وإبطال الباطل .
٣. نلاحظ في كلا النظريتين أنهما لا تقومان إلا على وجود بطلان في العقد الأصلي ففي التحول لابد أن يكون العقد الأصلي باطلاً كله ومشتملاً علـى عناصر عقد صحيح وفي الانتقاص لابد أن يكون البطلان في جـزء مـن أجزاء العقد مع عدم وجود ترابط بين الأجزاء الصحيحة والأجزاء الباطلة .

هذه جملة من أوجه التشابه بين النظرتين ، ولكن لكي نميز بينهما لابـد أن نبرز أوجه الاختلاف بينهما وذلك من خلال أمور منها :

١. كما سبق وأن بينا فإن البطلان الذي يعتري العقد لابد أن يكون كلياً في التحول أما في الانتقاص فلابد أن يكون جزئياً .

٢. أن تحول العقد هو عبارة عن استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل، أمـا الانتقاص فنفترض فيه بقاء العقد القديم مع حذف الجزء الباطل وإبقاء الجـزء الصحيح .

٣. أنه في الانتقاص لابد أن تكون أجزاء العقد غير مترابطة بمعنى أنه من الممكن فصل الجزء الصحيح عن الجزء الذي اعتراه البطلان لأنه إذا كانت الأجـزاء مترابطة فإن البطلان يسرى على العقد بأكمله أما في التحول فإنـه لا مجـال لاشتراط هذا الشرط لأنه يشترط في التحول أصلاً بطـلان العقـد الأصـلي بطلاناً كلياً .

٤. أن العقد المنتقص ينتج أثراً أصلياً لا أثراً عرضياً، وينتجه باعتباره تصرفاً قانونياً بخلاف تحول العقد فإن الأثر يكون عرضي لا اصلي وباعتباره واقعـه [1].

([1]) انظر : مصادر الحق للسنهوري (٤/ ٩٩، ١٠٠) تحول التصرف – احمد يسري (٢٣٥)، النظرية العامة للالتزام-- أنور سلطان (٣١٧/١) تحول العقد - للفتلاوي (١٠٦- ١١١).

المبحث الثاني

تحول العقد وإجازته

ويشتمل على المطلبين التاليين:

المطلب الأول :نبذه في معنى الإجازة .

المطلب الثاني :تمييز التحول عن الإجازة .

المطلب الأول

نبذة في معنى الإجازة

الإجازة تلحق العقد القابل للإبطال ما دام بطلانه لم يتقرر فـإذا لحقتـه أصبح صحيحاً بعد أن كان مهدداً بالبطلان، لذا تعتبر الإجازة من النظم التي تقلل من حالات البطلان في العقود، ومن هنا وجد التشابه بينهما وبين تحـول العقد .

فالإجازة في اللغة هي إنفاذ التصرف وإمضاءه وجعلـه جـائزاً نافـذاً وأجزت العقد جعلته جائزاً نافذاً.[1]

أما تعريفها في الفقه الإسلامي فلا يختلف عن المعنوي اللغـوي حيـث عرفت بأنها : " تصرف شرعي في العقد بالإبقاء " بحيث توجب نفاذ العقد بعد أن كان غير نافذا وترتب عليه أحكامه الشرعية.[2]

والإجازة في الفقه الإسلامي تعتبر تصرفا انفرادياً أي من أحد أطـراف العقد فنجد مثلاً أن تصرف الفضولي يكون موقوفاً حتى يجيزه صاحب الملك الأصلي أو وكليه أو نائبه فإن إجازه نفذ العقد دون الحاجة إلى الرجوع إلـى

([1]) انظر : المصباح المنير (٦٤) .

([2]) انظر : الهداية شرح البداية – المرغيناني (٦٨/٣)، بدائع الصنائع – الكاساني (١٤٨/٥-١٥١)، مجلة الأحكام العدلية – المادة (٣٠١،٣٠٢) (٦١/١).

الطرف الآخر ، وأيضاً نجد أن الوصية بأكثر من الثلث تعتبر موقوفة حتى تجاز من الورثة فإن أجيزت نفذت و إلا فلا.[1]

أما الإجازة في القانون فيعرفونها بأنها :" النزول عن حق طلب الإبطال ممن يتقرر هذا الحق لصالحه ".[2]

ومعناها أن المتعاقد يزيل عيبا في العقد كان يخوله الحق في طلب إبطاله ، والإجازة لا تلحق إلا العقود القابلة للإبطال لأنها هنا ترد على عقد له وجود قانوني ويرتب كافة آثاره حتى يتقرر بطلانه فتزول هذه الآثار بأثر رجعي أو يثبت وجوده نهائيا بنزول صاحب الحق في أبطاله عن حقه بالإجازة ، أما العقد الباطل فهو عقد معدوم ، أي عقد ولد ميتا ولذا لا يتصور أن ترد عليه الإجازة .

والإجازة في القانون تعتبر تصرفاً صادراً من جانب واحد كما في الفقه الإسلامي فهي تتم بإرادة منفردة هي إرادة صاحب الحق في طلب الإبطال فلا تحتاج إلى قبول الطرف الآخر بل إنها تحدث أثرها دون الحاجة إلى علم الطرف الآخر، وبمجرد صدور الإجازة فإن العقد يكون صحيحاً نهائياً ولا يستطيع المجيز بعد ذلك الرجوع فيه .

وفي الحقيقة إننا إذا أمعنا النظر في تعريف الإجازة في الفقه الإسلامي وفي القانون نجد أنهما يتفقان إلى حد كبير من حيث أن كلاً منها يعتبر تصرفاً انفرادياً صادراً من جانب واحد لا يلزم فيه رضا الطرف الآخر ، غير أنهما

---

(1) انظر : بدائع الصنائع للكاساني (١٤٨/٥- ١٥١).

(2) انظر : نظرية العقد للسنهوري (٦٦٤)، نظرية العقد للعبدلاوي (٥٥٦)، النظرية العامة للالتزام - أنور سلطان (٢٩٨- ٢٩٩)، الإجازة في التصرفات القانونية – عبد الزراق حسن فرج (٨- ١٠) .

يختلفان من حيث إن كل ما يترتب على الإجازة في القانون هو تأكيد عوامل الصحة في العقد القابل للإبطال وإزالة الخطر الذي كان يهدد بالزوال فهي لا تضيف جديداً إذ أنه منتج لأثره قبل إجازته بخلاف العقد الموقوف في الفقه الإسلامي فهو لا ينتج أثراً قبل إجازته، فإذا ما أجيز أصبح نافذاً منتجاً لأثره ،إما مستنداً إلى وقت صدوره أو مقتصرا على حال الإجازة .[1]

إذا علم هذا فإنه يشترط لصحة الإجازة شروط منها:

١. أن يكون العقد من العقود القابلة للإبطال لا العقود الباطلة .
٢. أن يكون المجيز عالما بالعيب اللاحق بالعقد وراغبا في تصحيحه.
٣. أهلية المجيز وقت الإجازة وتصريحه في الإجازة بالرغبة في إصلاح العيب الذي كان من شانه أن يؤدي إلى الإبطال.

(1) انظر :نظرية العقد للسنهوري (٦٦٤)، نظرية العقد للعبدلاوي (٥٥٦)، النظرية العامة للالتزام - أنور سلطان (٢٩٨- ٢٩٩)، الإجازة في التصرفات القانونية – عبد الزراق حسن فرج (٨- ١٠) .

المطلب الثاني

تمييز التحول عن الإجازة

سبق وان عرفنا أن كلاً من التحول والإجازة من النظم التي تقلل من حالات البطلان في العقود ومن هنا قد يوجد الخلط بينهما وبما أنهما يتشابهان في أمور فإنهما يختلفان في أمور أخرى .

أولاً : أوجه التشابه بين التحول والإجازة :

١. أن كلاً من التحول والإجازة يقللان من حالات البطلان التي قد تعتري العقود بحيث يمكن أن ينتج أثرا بعدهما، فنجد أنه في التحول بعد أن كان العقد باطلاً بحيث لا يمكن أن يرتب أثار شرعية تغير إلى عقد آخر صحيح منتج لأثره. وفي الإجازة نجد أن العقد القابل للإبطال بعد أن كان مهدداً بالزوال جاءت الإجازة وأضفت عليه استقراراً جعلته يرتب أثاره الشرعية.
٢. أن كلا من التحول والإجازة لا يردان على العقد الصحيح وإنما يردان على ما كان فيه بطلان سواء كان بطلاناً كلياً كما في التحول إذا كان مشتملاً على عناصر عقد صحيح، أو قابل للإبطال أو موقوف كما في الإجازة .

٣. أن كلاً من التحول والإجازة يستلزمان الإرادة لصحتهما وترتيب أثارهما المقصودة منهما بناء على رأي القائلين بوجوب الإرادة في التحول.
٤. أن كلاً من التحول والإجازة لا تدخل عناصر جديدة إلى العقد ففي التحول يستبدل عقد جديد بالعقد القديم من غير إدخال أي عنصر جديد ، وفي الإجازة يبقى العقد الأصلي دون دخول عناصر جديدة عليه.

هذه هي بعض أوجه الشبه التي قد تسبب الخلط بينهما ولكي نميز بينهما لابد أن نورد أوجه الاختلاف.

ثانياً : أوجه الاختلاف بين التحول والإجازة :

يمكن أن نوجز أوجه الاختلاف بين التحول والإجازة في النقاط التالية :

١. أن التحول لا يرد إلا على العقد الباطل بطلاناً كلياً بخلاف الإجازة فإنها ترد على العقد القابل للإبطال أما الباطل بطلاناً كلياً لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم ، والعدم لا يصير وجوداً بإجازته .
٢. أن الإرادة التي تشترط في التحول وفقاً لبعض النظريات لابد أن تكون من طرفي العقد ولا تقبل الإرادة المنفردة بخلاف الإجازة فإنها تتم بإرادة منفردة هي إرادة صاحب الحق في طلب الإبطال فلا تحتاج إلى قبول الطرف الآخر .
٣. أن التحول هو عبارة عن استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل بخلاف الإجازة فإنها تستبقى العقد الأصلي إلا أنها تضفي عليه صفة الاستقرار بعد أن كان مهدداً بالزوال .

٤. أن التحول وفقاً لبعض النظريات لا يكون إلا بنص القانون مباشـرة أو بحكم القاضي بناء على نص في القانون، أما الإجازة فيقررها الطرف الذي تقرر البطلان لمصلحته .[١]

(١) انظر: أحكام إنقاص العقد الباطل - عادل السيد (٦١- ٦٣)، الإجازة في التصرفات القانونية – عبد الرزاق حسن فرج (١٧ – ١٨) .

المبحث الثالث

تحول العقد وإقراره

ويشتمل على المطلبين التاليين:

المطلب الأول :نبذه في معنى الإقرار .

المطلب الثاني :تمييز التحول عن الإقرار .

المطلب الأول

نبذة في معنى الإقرار

يمكن أن يعرف الإقرار بأنه : " التصرف القانوني الـذي يـصدر مـن شخص ليس طرفاً في العقد وبه يضيف آثار العقد إلى نفسه ".[1]

فالإقرار يصدر من شخص أجنبي عن العقد يريد بـه أن يجعـل العقـد ساريا في حقه ويضيف اثر العقد إليه بعد أن كان أثره لا يتعدى إليه، فهـو يصدر بإرادة منفردة ولابد أن يرد على عقد صحيح نهائي حتى يمكن إضافة آثاره إليه ويصبح العقد نافذا في حقه .

إذا علم هذا فإن الإقرار إذا كان صادراً من أحد طرفي العقـد فإنـه لا يسمى إقراراً ويمكن أن يكون إجازة إذا كان يقصد به إزالة عيب فـي العقـد كان يهدده بالزوال .

وأيضا الإقرار لا يمكن أن يرد إلا على عقد صحيح نهائي، فلـو ورد على عقد باطل أو قابل للإبطال فإنه لا يضيف إلى المقر أثراً ولا يعتبر نافذا في حقه ، ولكن يمكن أن يكون انتقاصاً إذا كان صادراً من أطـراف العقـد وكان جزء من العقد باطلاً والجزء الآخر صحيحاً وقصد به الأخذ بـالجزء الصحيح إذا كان مما يمكن فصله عند العقد .

([1]) انظر : أحكام إنقاص العقد الباطل - عادل السيد (٦٣).

ويمكن أن يكون تحولاً إذا كان العقد باطلاً بطلاناً كلياً ومشتملاً على عناصر عقد صحيح واتجهت إرادة إطراف العقد إلى الأخذ بالعقد الصحيح الجديد.[1]

وفي الحقيقة أن الإقرار بصورته هذه موجود ومسطر في كتب الفقهاء وضربوا كثيراً من الأمثلة عليه وتجدها بكثرة في باب الوكالة فيما لو تجاوز الوكيل حدود وكالته في تصرفاته فإنها تلزم الوكيل إلا إذا اقرها الموكل ورضي بها.[2]

وحتى يتضح ما سبق في الإقرار يمكن أن نستخلص أهم ما فيه في نقاط:

١. الإقرار لابد أن يصدر من شخص أجنبي خارج عن العقد أما إذا صدر من أحد أطراف العقد فإنه لا يسمى إقراراً.
٢. الإقرار لابد أن يرد على عقد صحيح نهائي منتجاً لآثاره حتى يمكن أن تلحق هذه الآثار بالمقر وتنفذ في حقه أما العقود الباطلة أو القابلة للإبطال فلا يلحقها الإقرار حتى تكون منتجة لأثارها.
٣. أن الأثر الذي يلحق المقر من جراء إقراره هو نفسه أثر العقد الصحيح ولا يوجد الإقرار آثاراً جديدة ولا يغير من مضمون التصرف الذي يرد عليه .

([1]) انظر : نظرية العقد للسنهوري (٦٦٤)، مصادر الالتزام – للتويخي (٤٩٤)، الإجازة في التصرفات القانونية - عبد الرزاق حسن فرج (١٣) .

([2]) انظر : بدائع الصنائع الكاساني (٢٩/٦) .

٤. أنه لابد من الإعلان في الإقرار ويعد كافياً لأن يلحق أثر العقد إلى المقر دون حاجة إلى نص قانون أو حكم قاض.

المطلب الثاني

تمييز التحول عن الإقرار

يقترب التحول من الإقرار ويشتبه به من حيث أن كلا منهما يضفي أثراً، فالتحول ينتج أثراً جديداً على أطراف العقد والإقرار يضفي الأثر نفسه على شخص أجنبي فاتحدا في أن كلاً منهما أضفى أثراً.

يمكن أن يقال أن هذا هو وجه التشابه، ولكن حينما نريد أن نميز بينهما نجد أن هناك أوجه اختلاف تجعل تحول العقد متميزاً عن إقراره منها :

١. أن التحول لا يرد إلا على عقد باطل بطلاناً كلياً ومشتملاً على عناصر عقد صحيح أما الإقرار فإنه لا يرد إلا على عقد صحيح نهائي .
٢. أن التحول يكون بناء على اتجاه نية المتعاقدين أنفسهما وفقاً لبعض النظريات إلى تحويل العقد من القديم الباطل إلى الجديد الصحيح أما الإقرار فإنه يكون من شخص أجنبي عن العقد يريد أن يجعل العقد سارياً في حقه .
٣. أن الأثر المترتب من تحويل العقد يعتبر ناشئاً من عناصر العقد الصحيح ولا يستبقي التحول العقد الأصلي ، أما الإقرار فإن أثره المترتب هو أثر العقد الأصلي بحيث يستبقي العقد الأصلي .

٤. أن التحول وفقاً لبعض النظريات لا يكون إلا بناء على نص قـانون أو حكم قاضي ،بخلاف الإقرار فإنه يكفي لإثبات أثره الإعلان عنه فقط دون الحاجة إلى نص قانون أو حكم قاضي.[1]

([1]) انظر : نظرية العقد للسنهوري (٦٦٤)، مصادر الالتزام للتوبخي (٤٩٤)، الإجازة في التصرفات القانونية – عبد الرزاق حسن فرج (١٣).

المبحث الرابع

تحول العقد وتطويعه

ويشتمل على المطلبين التاليين:

المطلب الأول :نبذه في معنى التطويع .

المطلب الثاني :تمييز التحول عن التطويع .

المطلب الأول

نبذة في معنى التطويع

يقصد بتطويع العقد إبقاؤه صحيحا في حالة عدم مشروعية أحد شروطه ، كالشرط المتعلق بتحديد الثمن أو تعيين الكمية أو مكان أو زمان الوفاء .

والتطويع يهدف إلى إزالة العيب الذي لحق العقـد ويعتبـر انـصياعاً لأحكام القاعدة التي تمت مخالفتها. ولا يتوقف التطويع على إرادة المتعاقـد، وإنما يفرض من قبل جهاز التحكيم أو القضاء ولا مجال للتخلص منه .[1]

ومصطلح التطويع لم أجد له مصطلحا يقابله في الفقه الإسلامي إلا ما يذكره الفقهاء حينما يتكلمون عن الشروط الفاسدة وأنواعها ويذكرون أن من الشروط الفاسدة ما تبطل ويبقى العقد صحيحاً.

ومن الأمثلة التي ذكرها الفقهاء على ذلك كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ولا يهب المعقود عليه فهنا يصح البيع ويبطل الشرط.[2]

وبالنظر إلى كلام الفقهاء في هذه المسالة نجد أنه ينطبق مع مـا قالـه شراح القوانين في مصطلح التطويع وذلك أن الشروط الفاسدة التـي تخـالف أحكام الشرعية تبطل دون أن يبطل العقد كما أن الشروط المخالفة للقـوانين والأنظمة تلغى وتحذف مع بقاء العقد صحيحاً ونجد أن وجه الشبه يظهر بين

---

(1) انظر : تحول العقد للفتلاوي (١٢٨ – ١٢٩)

(2) انظر : الروض المربع للبهوتي مع حاشية ابن قاسم (٤/ ٤٠٢، ٤٠٣) .

تحول العقد وتطويعه من خلال أن كلاً منهما يهدف إلى التقليل من حـالات البطلان التي قد تعترى العقود .

ويمكن أن نبرز المبادئ التي يقوم عليها التطويع في أمور منها:

١. أنه لا مجال في التطويع لإعمال إرادة المتعاقدين وإنما يفرض عليها مـن قبل جهاز التحكيم أو القضاء ولا مجال للتخلص منه .

٢. أن العيب الذي لحق العقد المراد تطويعه ناتج عن مخالفة قاعدة قانونية أو نص نظامي بأمر يتعلق بمضمون العقد أو كيفية تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه وليس بانعقاده .

٣. أن تطويع العقد يبقي العقد كما هو مع حذف أو تعديل العيب الذي لحـق به ولا يؤدي إلى تصرف جديد.

المطلب الثاني

تمييز التحول عن التطويع

سبق وأن بيّنّا أن تحول العقد وتطويعه وسيلتان للتقليـل مـن حـالات البطلان وهذا هو وجه الشبه بينهما إلا أن هذا لا يعني أنه لا يوجـد فـرق بينهما، بل بينهما فروق ويمكن استخلاص أبرز الفروق في عدة أمور :

١. أن تحول العقد وفقا لبعض النظريات يستلزم اتجاه إرادة المتعاقدين إلـى تحويل العقد من القديم الباطل إلى الجديد الصحيح، أما التطويع فلا مجال لإعمال إرادة المتعاقدين وإنما يفرض عليهما من قبل جهـاز التحكـيم أو القضاء ولا مجال للتخلص منه .

٢. أن تحول العقد يقوم على بطلان العقد الأصلي بطلاناً كلياً واشتماله على عناصر عقد صحيح أما التطويع فهو عبارة عن تنقية العقد من العيب الذي لحق به جراء مخالفة قاعدة قانونية أو نص نظامي .

٣. أن الأثر المترتب من تحول العقد يعتبر ناشئاً عن عناصر العقد الصحيح ولا يستبقي التحول العقد الأصلي، أما التطويع فلا يرمي إلى تكوين عقـد جديد يختلف عن العقد الذي اختلت شروطه وإنما يستهدف إزالة الاختلال الموجود في شروط العقد نفسه وإعادة تصحيح ومطابقة هـذه الـشروط للتنظيم القانوني الذي يحكم العلاقة العقدية.[1]

([1]) انظر: تحول العقد للفتلاوي (١٣٠، ١٣١) .

المبحث الخامس

تحول العقد وتفسيره

ويشتمل على المطلبين التاليين:

المطلب الأول :نبذه في معنى تفسير العقد .

المطلب الثاني :تمييز تحـول العقـد عـن تفسيره.

المطلب الأول

نبذة في معنى تفسير العقد

يقصد بتفسير العقد الكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وعدم التقيد الحرفي بالألفاظ، وبمعنى آخر استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، وتحديد معنى العبارات التي تم بها إبرام العقد .

وتفسير العقد من مهمة القاضي ويكون ذلك فيما إذا كانت عبارة العقد غير واضحة فهنا يجتهد القاضي في البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا إرادة أحدهما دون الآخر، ولم يترك للقاضي مطلق الحرية في التفسير بل هو مقيد وملزم بإتباع قواعد معينة في التفسير تضمن عدم خروجه عن مهمته الأصلية وهي تفسير العقد كالاستهداء بطبيعة التعامل، وبما يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وبما تقضي به النصوص المكلمة والمفسرة في القانون، وبالعرف الجاري في المعاملات وبما تقضي به قواعد العدالة.

أما إذا كانت عبارة العقد واضحة فيجب على القاضي أن يقف عند معناها الظاهر ولا يجوز له الانحراف عن المعنى الظاهر و إلا كان ذلك موجباً لنقض الحكم، ما لم يقتصر الوضوح على اللفظ فللقاضي أن يعدل عنه إلى المعنى الحقيقي الذي قصده المتعاقدان.[1]

([1]) انظر : تحول التصرف - أحمد يسري (٢٢٩)، مصادر الحق للسنهوري (٧)، نظرية الالتزام - عبد الناصر العطار (٢٠٥) .

والتفسير بهذا المعنى موجود في الفقه الإسلامي، ولـه قواعـد عامـة يسترشد بها القاضي في التفسير حتى يتوصل إلى مقصود المتعاقـدين مـن العقد، وقد وضع الفقه عدة قواعد للتفسير منها قاعدة: هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟! وبعبارة أخرى العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الألفـاظ والمباني، وقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله وقاعـدة المعـروف عرفـاً كالمشروط شرطا وغيرها من القواعد التي لا غنى للقاضي عن العلم والعمل بها.[1]

(1) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٤٥، ٣٠٤)، الأشباه والنظائر لابن نجم (١٣٥)، قواعد الفقه – محمد عميم الإحسان (١٢٥/١) .

المطلب الثاني

تمييز تحول العقد عن تفسيره

تقوم فكرة تحول العقد على مبادئ منها البحث عن نية المتعاقدين واتجاه إرادتها إلى عناصر العقد الصحيح ويقوم بالبحث عادة القاضي مستعينا في ذلك بـسلطته فـي تفسير العقود، ومن هنا وجد الشبه بين تحول العقد وتفسيره، لأن القاضي في كل منهـا يحاول التوصل إلى المعنى الحقيقي الذي قصد المتعاقدان في عقدهما، فنجد أنـه فـي تحول العقد بعد أن كانت إرادة المتعاقدين متجهه نحو العقد الباطل يحـاول القاضـي معرفة فيما إذا كانت إرادتهما تتجه إلى عناصر العقد الصحيح لذا يمكن القـول بـأن التفسير يعتبر مرحلة من مراحل تحول العقد إلا أن التفسير في التحول يختلـف عـن مصطلح التفسير في العموم وذلك في أمور منها:

١. أن مدار التفسير هو البحث عن إرادة موجودة حقيقية لم يعبر عنه بوضوح، أما في التحول فالبحث يكون عند إرادة جديدة غير الإرادة الأولى التي كانت تتجه إلى العقد الباطل، فالقاضي في التحول يبحث فيما إذا كانت إرادة المتعاقدين تتجه إلى عناصر العقد الجديد فيما لو علما ببطلان العقد الأصلي التي كانت إرادتهما الحقيقية متجهـة إليه.
٢. أن التفسير يكون لعقد صحيح لم يدخله البطلان وذلك لأن عدم وضوح اللفـظ أو عدم صحة التعبير الذي أدى إلى غموض الإرادة لا يجعل العقد باطلا بخلاف التحول فإنه لا يكون إلا لعقد دخله البطلان الكلي ومشتمل على عناصر عقد صـحيح آخـر ويراد فيه الكشف عن اتجاه الإرادة إلى هذا العقد الصحيح .

٣. أن التفسير يؤدي إلى استبقاء العقد الأصلي ولا يدخل عناصر جديدة إلى العقد فهو مجرد وسيلة للوصول إلى المعنى الذي قصده المتعاقدان بخلاف التحول فانه يلغـي العقد الأصلي، فالعقد الذي ينتج أثراً ليس هو العقد الأصلي الباطل بل العقد الصحيح الذي تحول إليه.[١]

([1]) انظر : تحول التصرف – أحمد يسري (٢٢٩- ٢٣٢)، تحول العقد للفتلاوي (١١٢- ١١٦) .

المبحث السادس

تحول العقد وتكييفه

ويشتمل على المطلبين التاليين:

المطلب الأول :نبذه في معنى التكييف .

المطلب الثاني :تمييز تحـول العقـد عـن التكييف .

المطلب الأول

نبذة في معنى التكييف

يقصد بتكييف العقد تحديد ماهيته وطبيعته وإعطاؤه الوصف الـصحيح، وذلك بعد أن يحدد القاضي التزامات طرفي العقد ويفسر هذا العقد إن كان فيه ما يستوجب التفسير، والتكييف من المسائل التي يختص بها القاضي في ضوء ما ينتهي إليه في فهمه لإرادة المتعاقدين، ولا مجال فيه لإرادة العاقدين.

والغالب أن يسمي العاقدان العقد أو يعطيانه وصفاً، وهذه التسمية أو ذلك الوصف إذا كان متفقاً مع ماهية العقد، وجب العمل به، أما إذا اختلف معهـا فيجب صرف النظر عن تسمية المتعاقدين والعمل بالتكييف الـصحيح للعقـد الذي يحدده القاضي وفقاً للقواعد والضوابط المقررة.

وتكييف العقد مسألة ذات أهمية عملية إذ به تتحدد الآثار المترتبة علـى العقد.[1]

وتكييف العقد بهذا المعنى مقرر لدى الفقهاء ومعمول به لـدى القـضاة المسلمين، وهو فن لا يستغني عنه القاضي ولا المفتي إذ به تنزل الأحكـام الكلية على الوقائع القضائية المفسرة.

([1]) انظر : نظرية العقد للعبدلاوي (٦٠٠)، أحكام العقود - عبد الناصر العطار (٤٩)، نظرية العقد - عاطف النقيب (٣٨٤- ٣٨٥) .

ومن الأدلة الواضحة التي يستدل بها الفقهاء والقضاة على هـذا الفـن، الحديث الذي رواه أنس بن مالك رضي الله عنه قال:"أتي النبي صلى الله عليه وسلم بلحم فقيل: تصدق به على بريرة، قال: هو لها صدقة ولنا هدية".[1]

فهنا نجد أن النبي صلى الله عليه وسلم وصف بذل اللحم لبريـرة بأنـه صدقة لأنها مستحقة، وبذله من بريرة للنبي صلى الله عليه وسلم هديـة، ثـم رتب الحكم الشرعي على هذا التوصيف وهذا هو التكييف الذي يـتكلم عنـه شراح القوانين الوضعية.[2]

(1) متفق عليه فقد رواه البخاري (الفتح ٢٠٣/٥ ، ٩/ ٤٠٤) برقم ٢٥٧٧ ، ٥٢٧٩، ومسلم (٧٥٥/٢) برقم ١٠٧٤.

(2) انظر : توصيف الأقضية – عبد الله آل خنين (٥٧ ، ٥٨)

المطلب الثاني

تمييز تحول العقد عن تكييفه

يظهر وجه الشبه بين تحول العقد وتكييفه حينما يقوم المتعاقدان بإعطاء وصف غير صحيح للعقد، حيث يقوم القاضي بإعطاء الوصف الصحيح للعقد وهنا يحصل الخلط في العقد الأصلي هل صار باطلا بتصحيح القاضي لوصفه بحيث تغير إلى عقد صحيح آخر وهذا هو التحول أم العقد الأصلي باق بأصله صحيحاً إلا أن القاضي غير في وصفه فقط وهذا هو التكييف.

وأيضاً يظهر الشبه عند من لا يعتد بإرادة المتعاقدين في تحول العقد، فالقائلون بأنه لا أثر لاتجاه نية المتقاعدين في تحول العقد وأن الأمر في تحول العقد متروك لسلطة القاضي في تقرير التحول من عدمه يحصل الخلط عندهم بين التحول والتكييف إذ أن كلاهما راجع لسلطة القاضي ولا مجال لإعمال إرادة المتعاقدين.

وأيضاً نجد أن في كل منهما أن القاضي يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين حتى يفهم المعنى الذي قصداه من العقد بحيث يستطيع تقرير التحول والتكييف على الوجه الصحيح.

هذه بعض أوجه الشبه بين تحول العقد وتكييفه إلا أن هنـاك فـوارق تجعل التحول متميزا عن التكييف ومن هذه الفوارق:

١. أن تحول العقد لا يقوم إلا ببطلان العقد الأصلي واشتماله على عناصر عقد صحيح، أما التكييف فهو مرحلة لاحقه لمرحلة التفسير تأتي لوجود غلـط في توصيف العقد ولا يلزم من الغلط في التوصيف بطلان العقد الأصلي.
٢. أن تحول العقد وفقاً لبعض النظريات يستلزم اتجاه إرادة المتعاقدين إلـى إحداثه، بخلاف التكييف فإنه من مهمة القاضي ولا مجـال لإعمـال إرادة المتعاقدين إلا إذا وافق توصيفها للعقد توصيف القاضي فهنا يجب العمـل به .
٣. أن الآثار المترتبة من تحول العقد عرضية لا أصلية مع عدم استبقاء العقد الأصلي، بخلاف التكييف فإنه ينتج آثاراً أصلية والعقد الأصلي باق بحاله لم يتغير في مضمونه وإنما التغير في وصفه.[١]

وبهذا المبحث نكون قد وصلنا إلى نهاية هذا الفصل مع علمنا بان مـا ترك أكثر مما أخذ وذلك بغية الاختصار وخشية الإطالة مع التزامنا بالمحافظة على المضمون وهو تمييز تحول العقد عن غيره من النظم المشابهة له.

([1]) انظر: تحول التصرف _ أحمد يسري (٦٥، ٦٦، ٩٠، ٩١، ٢٣٠، ٢٣١)، تحول العقد – للفتلاوي (١١٩، ١٢٠) .

وبذلك رأينا كيف كانت نظرية تحول العقد نظاما قائماً مستقلا بطبيعته وشروطه وآثاره . وبهذا الفصل والذي قبله أصحبنا جاهزين للغـوص فـي أعماق هذا الموضوع وسنبحر أولاً في ذكر شروط التحول في الفصل القادم بإذن الله .

الفصل الثاني

شروط تحول العقد

و يشتمل على ثلاث مباحث :

المبحث الأول: تعرض العقد للبطلان.

المبحث الثاني: الإرادة في تحول العقد.

المبحث الثالث: موافقة العقد الباطل أركان عقـد صحيح آخر أو عناصره .

الفصل الثاني

شروط تحول العقد

تمهيد:

سبق وأن عرفنا أن نظرية تحول العقد خرجت لنا في مواد نظامية في القرن التاسع عشر حينما صاغها الفقهاء الألمان وأخذ بها القانون الألماني كقاعدة عامة في المادة (١٤٠) من القانون المدني الألماني والتي تنص على ما يلي :

" إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخر، فهذا العمل الأخير به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه، ولو كانا يعلمان بالبطلان ".

وبنحو هذه المادة صاغت كثير من الأنظمة العربية هذه النظرية وأخذت بها كقاعدة عامة في قوانينها[1].

ونجد أن هذه المواد التي أخذت بنظرية التحول تشير بوضوح إلى أنه لابد لتحول العقد من شروط ثلاثة أول هذه الشروط أن يكون العقد الأصلي باطلاً، وثانيها أن يشتمل العقد الباطل على أركان أو عناصر عقد آخر صحيح والثالث اتجاه إرادة المتعاقدين إلى هذا العقد الجديد.

([1]) انظر: صفحة (٢٤، ٢٥) من هذه الرسالة.

وفي الحقيقة أن دراسة شروط التحول هو جوهر الموضوع ولبه الـذي نريد التوصل إليه والوقوف على حقيقته لذلك رأيت أن أجعل لدراسة شـروط التحول فصلاً مستقلاً لتكون دراسته دراسة وافية، وسوف يكون هذا الفصل في مباحث ثلاثة :

المبحث الأول: تعرض العقد للبطلان.

المبحث الثاني: الإرادة في تحول العقد.

المبحث الثالث: موافقة العقد الباطل أركان عقد صحيح آخر أو عناصره.

المبحث الأول

تعرض العقد للبطلان

ويشتمل على المطالب التالية:

المطلب الأول :مفهوم البطلان والغاية منه.

المطلب الثاني :أسنباب البطلان .

المطلب الثالث: مراتب البطلان .

المطلب الرابع: تمييز البطلان عما يشتبه به.

المبحث الأول

تعرض العقد للبطلان

تمهيد:

البطلان هو ألد أعداء العقود إذ به يفقد العقد استقراره وتنعـدم أثـاره، ويعتبر كأن لم يكن، وهذا البطلان يحدث نتيجة لتخلف عنصر من عناصـر العقد أو فقد لشرط من شروط صحته فكأنه جزاء يوقع نتيجة لاخـتلال فـي تكوين العقد.

وبطلان العقد هو المرحلة الأولى التي يمر بها تحول العقد وهو الـركن الأساسي الذي يقوم عليه حتى ينتج أثره، فلو كان العقد صحيحاً فإنـه لا يـتم التحول حتى ولو تضمن عناصر عقد آخر وكانت إرادة المتعاقـدين متجهـة إليه، فمثلاً لو أن هناك هبة صحيحة توفرت فيها شروط الوصية فـإن هـذه الهبة لا تتحول إلى وصية ولو كان المتعاقدان يؤثران الوصية على الهبة.

وأيضاً لابد أن يكون البطلان بطلاناً كلياً، أما إذا كان جزء منـه بـاطلا فإنه لا مجال لتحول العقد بل لانتقاصه إذا كان العقد قابلاً للانقسام [1].

وفي الحقيقة أن نظرية البطلان من النظريات الدقيقة التي كانت في كثير من مسائلها محل خلاف سواء عند فقهاء الشريعة أو شراح القوانين، لذا كان لابد لنا أن نسلط مزيداً من الضوء على هـذه النظريـة حتـى نقـف علـى

---

(1) انظر: نظرية العقد- للسنهوري (٦٣٥)، نظرية العقد – العبدلاوي (٥٨٢، ٥٨٣).

تفصيلاتها وجزئياتها التي قد تخفى على الكثير ، وأيضاً بحكم أهميتها بالنسبة لموضوعنا (تحول العقد) لأن مجاله هو العقد الباطل بطلاناً كلياً والمـشتمل على عناصر وأركان عقد آخر صحيح فكان واجباً علينا أن نعرف الـبطلان ونذكر أسبابه ونبين مراتبه وتميزه عما يشتبه به حتى تكون دراسـتنا لهـذا الشرط دراسة وافيه وبها نعرف مجال التحول، وسوف يكون هذا المبحث إن شاء الله في عدة مطالب :

المطلب الأول: مفهوم البطلان والغاية منه.

المطلب الثاني: أسباب البطلان .

المطلب الثالث: مراتب البطلان .

المطلب الرابع: تمييز البطلان عما يشتبه به .

المطلب الأول

مفهوم البطلان والغاية منه

أحجم كثير من شراح القوانين عن وضع تعريف للـبطلان، فـي حـين تصدى بعضهم لتعريفه، إلا أن تعريفاتهم بينها اختلاف ولا تكاد تتفق فبعضهم يعرفه بأنه " عدم الصحة أو عدم النفاذ " ومنهم من يعرفه بأنه " جزاء تخلف شروط صحة العقد المؤدي إلى انعدام أثرها " وغيرها من التعريفات التـي لا تكاد تسلم من النقد، ولعل السبب راجع في ذلك إلى أن تحديد الـبطلان أمـر دقيق وصعب وذلك لأن نظرية البطلان من المـسائل المـضطربة المعقـدة فيصعب أن يوضع للبطلان تعريف يجسم طبيعته بعمق، لذلك تجد كثيراً مـن شراح القوانين يكتفي بذكر أسبابه أو مراتبه ويعرض عن ذكر تعريف له.

ويمكن أن يعرف البطلان بأنه " وصف يلحق التصرف القانوني لعيب فيه ويحرمه من آثاره ".[1]

فبطلان العقد هو الجزاء الذي يرتبه المشرع على عدم اسـتجماع العقـد لأركانه كاملة مستوفية لشرائطها و مؤداه انعدام أثـر العقـد بالنـسبة إلـى المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير، فالعقد له أركان ثلاثـة: التراضـي والمحـل والسبب، ولكل ركن شروط معينة يجب توفرها، فإذا تخلف ركن أو شرط من

---

(1) انظر: نظرية بطلان العقود وإبطالها – أحمد السباعي (١١).

شروطه فإن العقد يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال على التفصيل الذي سنذكره إن شاء الله . [1]

أما في الفقه الإسلامي فقد سبق وأن عرفنا في تقسيمنا للعقد من حيث الصحة والبطلان أنه ينقسم إلى صحيح وباطل عند جمهور العلماء وعرفنا أن الباطل هو " التصرف الذي لا يترتب عليه أثره وذلك لعدم مشروعيته سواء بأصله أو بوصفه " .

في حين ذهب الحنفية إلى إثبات قسم بين الصحيح والباطل سموه بالفاسد، فالباطل عندهم " ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه " ، أما الفاسد فهو " ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه " .[2]

ونجد أن نظرية البطلان في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من نظيرتها في القانون المعاصر، ذلك لأن العقد في الفقه الإسلامي أكثر تدرجاً منه من حيث المشروعية وعدمها في القانون فهو يتدرج من البطلان إلى الفساد، ثم من الفساد إلى الوقف، ثم من الوقف إلى النفاذ، ثم من النفاذ إلى اللزوم، فنظرية البطلان في الفقه الإسلامي تمتد إلى مدى أبعد، إذ يدخل فيها إلغاء العقد وعدم نفاذه في حق الغير وفسخه وانفساخه، بل يدخل فيها كل من الشرط الفاسخ والشرط الواقف . [3]

إذا علمنا معنا البطلان وعرفنا المقصود به سواء في الفقه أو في النظام وعرفنا أنه جزاء يوقع نتيجة لمخالفة المتعاقدين للقواعد والأنظمة سواء كانت

---

(1) انظر: بطلان التصرف القانوني – جميل الشرقاوي (٥٣ – ٦٧) – نظرية بطلان العقود وإبطالها – أحمد السباعي (٦ – ١١).

(2) انظر: صفحة (٣٣) من هذه الرسالة.

(3) انظر: مصادر الحق – للسنهوري (٤/ ١٢٤).

شرعية أو قانونية، نجد أنه وضع لأهداف وغايات تنتج أثارها متى ما طبـق البطلان على الوجه الصحيح ويمكن أن نستخلص أهم هذه الغايات التي جـاء البطلان لأجلها في عدة أمور:

١. أنه يعد وسيلة تحذيرية تخويفية للمتعاقدين قبل إيقاع العقد وذلك أنـه إذا علم المتعاقدان أنه سوف تنعدم آثار العقد ويعتبر العقد كأنه لم يكـن إذا كان مخالفاً للقواعد الشرعية أو القانونية فإنهما سوف يحرصان على أن يكون العقد مستوفياً للأركان والشروط وموافقاً للقواعد والأنظمة.

٢. أن البطلان يعد وسيلة مراقبة لإرادة المتعاقدين من أن تنـصرف إلـى مخالفة القواعد والأنظمة، فإذا ما اتجهت هذه الإرادة إلى إيجـاد أثـار مخالفة لغاية القواعد والأنظمة فإن البطلان يسري إلى هذا العقد ويجعله تصرفاً باطلاً غير منتج للآثار التي قصدها المتعاقدين .

٣. أن البطلان يعتبر وسيلة حماية للقواعد والأنظمة القانونيـة وذلـك أن العقود والتصرفات المخالفة للقواعد والأنظمة القانونية إذا أنتجت أثارها فيمكن اعتبار القواعد والأنظمة القانونية كأنها غير موجودة ولكن لمـا ترتب البطلان فكأنه يلغي التصرفات التي حرمت القواعد و الأنظمة من الوجود بحيث يجعل العقد باطلاً غير منتج لآثاره وكأنه لم يكن، بحيـث تبقى هذه القواعد والأنظمة في حيز الوجود ولها اعتبارها.

٤. أنه يعتبر وسيلة جزائية، وذلك إذا خالفـت إرادة المتعاقـدين القواعـد والأنظمة فكأن المنظم يرتب جزاء وعقوبة على هذه المخالفـة وذلـك بإبطال تصرف المتعاقدين واعتباره كأنه لم يكن بحيث لا يمكن أن ينتج أثره المقصود منه.

وبهذا رأينا كيف يكون البطلان محققاً لأهداف وغايات متعددة باعتبـاره وصفاً واحداً يلحق بالتصرف المعيب ويحرمه من أثـاره فتـارة يكـون أداة تخويف وزجر وتارة يكون وسيلة مراقبة وتارة يكون وسيلة حمايـة وتـارة يكون جزاء لمخالفة القواعد والأنظمة القانونية .[1]

(1) انظر: نظرية بطلان التصرف القانوني – جميل الشرقاوي (٥٣- ٦٧) – نظرية بطلان العقود وإبطالها – أحمد السباعي (٦- ١١) تحول العقد – للفتلاوي (٢٨- ٣١).

المطلب الثاني

أسباب البطلان

سبق وأن عرفنا أن البطلان هو وصف يلحق التصرف القانوني لعيب فيه فيحرمه من آثاره، ومن هنا يتبين لنا أن السبب الأساسي للبطلان هو كل خلل أو نقص يلحق بالعقد فيجعله معيباً بحيث تنعدم آثاره.

وفي شأن تأصيل البطلان في القانون الوضعي يقول شراح القوانين بأنه يجب لانعقاد العقد توافر أركانه الثلاثة، وهي : الرضـا والمحـل والـسبب، وكذلك هناك ركن رابع وهو الشكل في العقود الشكلية أو التسليم في العقـود العينية، ويرتبون على انعدام أحد هذه الأركان انعدام العقد وهذا ما يـسمى (بالانعدام)، ويجعلون لركني المحل والسبب شروطاً هي : أن يكـون المحـل ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعين ومشروعاً وأن يكون السبب موجوداً ومـشروعاً ويرتبون على اختلال أي شرط من هذه الشروط سواء في المحل أو السبب أن يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، هذا ما يسمى (بالبطلان المطلق).

ويجعلون لركن الرضا شروطاً لانعقاده وشروطاً أخرى لصحته، وشروط انعقاده هي التمييز لدى العاقدين، وتقابل الإيجاب والقبول وتطابقها، أما شروط الصحة فهي صدوره من ذي أهلية وخلوه من عيـوب الإرادة وهـي الغلـط والتدليس والإكراه والاستغلال والغبن بحيث إذا اختل شرط من شروط الانعقاد فإن العقد يبطل بطلاناً مطلقاً، أما إذا اختل شرط من شروط الصحة فإن العقد

يبطل بطلاناً نسبياً وهذا ما يسمى (بالبطلان النسبي)، وهذا التأصيل وفقاً للنظرية التقليدية (التقسيم الثلاثي). [1]

ويمكن أن يعتبر من أسباب البطلان مخالفة القواعد القانونية التي ترتب البطلان نتيجة لهذه المخالفة، فقد يكون البطلان جزاء لتخلف شرط خاص يتطلبه القانون .

ويمكن أن يعتبر من أسباب البطلان فيما إذا كان العقد مشتملاً على عناصر تتعارض مع النظام العام والآداب العامة.

وأيضاً يمكن أن يكون من أسباب البطلان الغش الذي يستخدم كوسيلة للإضرار بحقوق الغير، أو كان الغرض منه الاحتيال على القانون، أو الهروب من حكم يتعلق بالنظام العام.

هذه هي جملة الأسباب المعروفة للبطلان، وقد أظهرت التطورات الاقتصادية أسباباً جديدة للبطلان تختلف عن الأسباب المعروفة، فيمكن أن يدخل في دائرة البطلان العقود التي تخالف ما تقتضيه المصلحة العامة، أو المخالفة لمقتضيات الاقتصاد الموجه وغير ذلك من الأسباب التي تستجد وفقاً لما تقتضيه التطورات الاقتصادية والمعاملات الحديثة . [2]

أما في الفقه الإسلامي فقد سبق وأن عرفنا أن العقد الباطل عند جمهور العلماء هو : " التصرف الذي لا يرتب عليه أثره وذلك لعدم مشروعيته سواء بأصله أو بوصفه " . [3]

---

(1) انظر: مصادر الحق للسنهوري (٤/ ٨٤)، نظرية بطلان العقود وإبطالها – السباعي (١١).

(2) انظر: نظرية العقد – عاطف النقيب (٣٤٦، ٣٤٧)، تحول العقد - للفتلاوي (٣١- ٣٤)، نظرية بطلان التصرف القانوني (١٨٥ وما بعدها).

(3) انظر: صفحة (٣٣) من هذه الرسالة.

وبناء عليه فإن العقد إذا فقد ركناً من أركانه أو اختل شرط من شـروطه فإن العقد يبطل وتنعدم أثاره الشرعية.

أما إذا أردنا أن نؤصل نظرية البطلان في الفقه الإسلامي فنجد أن العقد يقوم على أركان ثلاثة: الصيغة والعاقدان والمحل وكل ركن من هذه الأركان يشترط له شروط معينة فالصيغة يشترط لها أن تتم بإيجاب وقبول متطـابقين وأن يكون ذلك في مجلس العقد، والعاقدان يشترط لها التعدد أي بأن يكون في العقد إرادتين وأيضاً التمييز ممن يصدر منه الإيجاب أو القبول، أما المحـل فيشترط له أن يكون موجوداً أو ممكناً أي مقدوراً على تسليمه وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين ، وأن يكون صالحاً للتعامل فيه بأن يكون مالاً متقوماً مملوكـاً مباحاً، فإذا اختل أحد هذه الأركان أو الشروط فإن العقد يكون باطلاً.

وقد يبطل العقد لأسباب أخرى غير اختلال هذه الأركان وهذه الـشروط كأن يكون السبب غير مشروع، أو يكون العقد خالياً من الرضـا، أو يكـون الرضا مشوباً بعيب من العيوب التي تحدث خللاً فيه كالإكراه والغلط والتدليس والغبن والتغرير. [1]

---

(1) انظر: بدائع الصنائع – الكاساني (٥/ ١٣٦- ١٤٧)، مصادر الحق – للسنهوري (٤/ ١٢٥- ١٢٦)، مصادر الالتزام – عبد المجيد الحكيم (٢٩٩ وما بعدها).

المطلب الثالث

مراتب البطلان

بعد أن عرفنا أسباب البطلان، ورأينا أن البطلان ليس قسماً واحداً في كل الأحوال، بل ترى له أنواعاً تتدرج في الشدة وذلك راجع إلى اختلاف العيوب والأسباب التي تؤدي إليه فمن العيوب ما يؤدي إلى حرمان التصرف تمامـاً من وجوده وهو الانعدام ومنها ما يجعله باطلاً بطلاناً مطلقاً، ومنها ما يجعله باطلاً بطلاناً نسبياً، هذا هو التقسيم الثلاثي للبطلان.

وتقسيم البطلان على الصورة السابقة ليس مسلماً به عند شراح القوانين، بل أخذت آراؤهم اتجاهات عديدة، فمنهم من يرى أن البطلان علـى قـسمين مطلق ونسبي وهذا هو التقسيم الثنائي، ومنهم من ذهب إلى اتجاه آخر وهـو الأخذ بمبدأ التعدد في البطلان حسب ما تقتضيه الحال، والرأي الأخير وقـف ضد هذا وذاك، حيث لا يقر التدرج في البطلان بل يرى بأن البطلان درجـة واحدة لا غير، فالعقد إما صحيح وإما باطل . [1]

وسوف نستعرض هذه الآراء بإيجاز فيما يلي :

---

(1) انظر: نظرية بطلان التصرف القانوني – جميل الشرقاوي (٣٣٠، ٣٣١) ، مصادر الحق - للسنهوري - (٤/ ٨٤- ٨٨).

أولاً : التقسيم الثلاثي للبطلان (النظرية التقليدية) :

يقسم الفقه والقضاء الفرنسيان البطلان إلى ثلاثة أنواع تتدرج في الـشدة وهي الانعدام وهو أشدها، والبطلان المطلق ثم البطلان النسبي، وهـو أقلهـا شدة.

فالانعدام هو مالانعدم فيه ركن من الأركان الثلاثة التي لابد مـن قيامهـا حتى يكون العقد: التراضي أو المحل أو السبب فعقد الهازل منعـدم، وكـذلك العقد الصوري لانعدام التراضي، والتعاقد على محل غير موجود أصلاً منعدم لانعدام المحل، والتعاقد لسبب لا وجود له منعدم لانعدام السبب بالإضافة إلى انعدام ركن الشكل في العقود الشكلية أو التسليم في العقود العينية فإن العقد في هذه الأحوال يكون منعدماً.

أما العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هو ما قامت فيه الأركان ولكن اختل فيـه شرط من شروط هذه الأركان غير شروط صحة التراضي، فإذا اختل شـرط من شروط وجود التراضي، بأن صدر العقد من غير مميز، أو لم يكن هنـاك تطابق تام بين الإيجاب والقبول، أو اختل شرط من شروط المحل، بأن كـان المحل غير ممكن أو غير معين أو غير قابل للتعيين، أو كان غيـر صـالح للتعامل فيه، أو اختل شرط السبب بأن كان التعاقد على سبب غيـر مـشروع ففي جميع هذه الأحوال يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

أما العقد الباطل بطلاناً نسبياً هو ما اختل فيه شرط من شـروط صـحة التراضي ، فإذا صدر العقد من ناقص الأهلية أو كان الرضى مشوباً بعيـب

فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً نسبياً [1] . ويرى القائلون بهذا التقسيم أن الانعدام يتميز عن البطلان المطلق بأمرين:

الأول: أن العقد المنعدم لا يحتاج إلى حكم ببطلانه فهو منعدم من تلقـاء نفسه، بينما العقد الباطل بطلاناً مطلقاً قد توفرت له العناصر التي تجعـل لـه كياناً موجوداً، ولهذا يحتاج إلى حكم ببطلانه.

الثاني: أن العقد المنعدم لا يترتب عليه أثر، أما العقد الباطل بطلاناً مطلقاً فتترتب عليه آثار في بعض الصور. [2]

نقد هذه التقسيم:

تعرض هذا التقسيم إلى انتقاد شديد من قبل غالبية الشراح ، ومن أهـم هذه الانتقادات :

١- هدم التمييز ما بين الانعدام والبطلان المطلق وجعل الاثنين فـي مرتبـة واحدة، وذلك لأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قـانوني فهـو والعقد المنعدم في الانعدام سواء.

٢- أن هذا التمييز ليست له فائدة عملية، فالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً يتفق مع العقد المنعدم، ففي كليهما لا ينتج العقد أثراً قانونياً، وكل منهما تمسك بـه من له مصلحة في التمسك به وللمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفـسها، ولا تلحق الإجازة أياً منهما ولا يسقطان بالتقادم.

---

(1) انظر: نظرية العقد – للسنهوري (٦٠٢-٦٠٤)، نظرية بطلان التصرف القانوني – جميل الشرقاوي (٣٣٢- ٣٣٣)، نظرية العقد – العبدلاوي (٥٤٢، ٥٤٣).

(2) انظر: نظرية العقد – عبد المنعم فرج الصده (٣٨٨).

٣- أن التقسيم الثلاثي ضيق جامد، ويجب أن يقال بتعدد صور البطلان إلـى مالا نهاية تعدداً يسير مع اختلاف تنظيم أحكام البطلان في كل حال. [١]

ثانياً : التقسيم الثنائي (النظرية الحديثة) :

وهذا التقسيم يجعل البطلان على درجتين: البطلان المطلـق والـبطلان النسبي، وهذا التقسيم يستبعد الانعدام لأنه يدخل في البطلان المطلق ولا يشكل قسماً مستقلاً بذاته، فتحقيق البطلان المطلق فيما إذا انعدم ركن من أركان العقد أو فقد شرط من شروط هذه الأركان غير شروط صحة التراضي.

أما العقد الباطل بطلاناً نسبياً فهو ما اختل فيه شرط من شروط صـحة التراضي.

وهذا التقسيم كغيره لم يسلم من النقد، فنقده بعض الشراح بأنه جامد ضيق لا يتوافق مع التطورات الاقتصادية، والواجب الأخذ بمبدأ التعدد في الـبطلان حسب ما تقتضيه الحال.

وهناك انتقاد آخر من بعض الشراح، ولكن ليس في أصل التقسيم وإنمـا في التسمية فيقولون أن تسمية الباطل بطلاناً نسبياً بهذا الاسم غيـر سـليمة، وذلك أن البطلان نوع واحد يراد به العدم والعدم لا تفاوت فيه، بالإضافة إلى أن العقد الباطل بطلاناً نسبياً عقد صحيح منتج لجميع آثاره، وإنمـا صـحته مهدرة بإبطال ممن شرع البطلان لمصلحته فكان الأولى بأن يـسمى " العقـد القابل للإبطال ".[٢]

---

(1) انظر: نظرية العقد– للسنهوري (٦٠٥)، الوسيط في نظرية العقد – عبد المجيد الحكيم (٤٧٢) – نظرية بطلان التصرف القانوني – الشرقاوي (٣٣٢، ٣٣٣).

(2) انظر: نظرية العقد – عبد المنعم فرج الصده (٣٩١)، نظرية العقد – العبدلاوي (٥٤٨).

ثالثاً : فكرة تعدد مراتب البطلان :

هناك من الشراح من يرى عدم الاقتصار على التقسيم الثلاثي أو التقسيم الثنائي، فيرى أن مراتب البطلان لا تتناهى في العدد، بل تتعدد مراتبه بتعـدد الأغراض التي يتوخاها القانون من العقد فما دام كل شرط في العقد يراد بـه أن يفي بغرض معين، فإن إذا اختل هذا الشرط كان هذا العقـد بـاطلاً فـي الحدود التي تتلاءم مع هذا الشرط، وبذلك تتعدد وجوه البطلان وتتنوع مراتبه تبعاً للأغراض التي توخاها القانون .[1]

وينتقد هذا التقسيم بأنه وأن كان فيه اتساع ومرونة إلا أنه لا يـصلح لأن يكون أساساً لتحديد حالات البطلان لافتقاره إلى ضوابط ثابتة يمكن الركـون إليها.[2]

رابعاً : فكرة وحدة البطلان :

إذا دققنا النظر في التقسيم الثنائي، نجد أنه توجد حالتان هي حالة الصحة وحالة البطلان، وذلك لأن الباطل بطلاناً نسبياً ينشأ منتجـاً لآثـاره كالعقـد الصحيح تماماً إلى أن يطلب من له حق الإبطال بإبطاله، فإذا تقرر الـبطلان زال العقد بأثر رجعي، فيصبح كالبطلان المطلق تماماً، إذ أن العقـد الباطـل بطلاناً نسبياً يمر بمرحلتين :

المرحلة الأولى: قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو الإبطال فيأخذ حكـم العقد الصحيح.

([1]) انظر: نظرية العقد– للسنهوري (٦٠٨)، الوسيط في نظرية العقد – عبد المجيد الحكيم (٤٧٢، ٤٧٣)- نظرية بطلان التصرف القانوني – الشرقاوي (٣٤٤) وما بعدها.

([2]) انظر: نظرية العقد – عبد المنعم فرج الصده (٣٨٩).

المرحلة الثانية: بعد أن يتعين مصيره، فإما أن يستقر نهائياً بإجازته، أو بسقوط الحق في إبطاله بالتقادم، أو يزول بطلب إبطاله بأثر رجعي وينعدم تماماً كما في حالة البطلان المطلق، وبذلك يكون البطلان النسبي نفسه ليس حالة قائمة بذاتها بين الصحة والبطلان المطلق وإنما عقد يمر بحالتين الصحة البطلان، ومن ثم فليس هناك إلا نوع واحد من البطلان يندمج فيه البطلان النسبي كما اندمج في الانعدام. [1]

إلا أن هذه الفكرة " فكرة وحدة البطلان " لم تسلم من النقد أيضاً وذلك أن اعتبار البطلان درجة واحدة هي البطلان المطلق لا تتوافق مع الصياغة الفنية التي تقتضي التفرقة بين نوعي البطلان نظراً لما يتميز به كل منهما من خصائص، من ذلك أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هو والعدم سواء، ولذا لا يرد عليه التقادم ولا تلحقه الإجازة ولا حاجة إلى حكم القاضي لتقرير البطلان، ولكل ذي مصلحة التمسك ببطلانه، كما يكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، أما العقد الباطل بطلاناً نسبياً فهو عقد يرتب كافة آثاره القانونية حتى ينقضي ببطلانه، ولذا لايجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها بل يجب أن يطلب ذلك ممن تقرر البطلان لمصلحته .[2]

هذا باختصار التقسيمات التي ذكرها شراح القوانين، ويمكن أن يكون التقسيم الثنائي هو التقسيم الموافق للصواب وهو الذي يجب أن نقف عنده لأنه يستجيب للأسس التي يقوم عليها البطلان في حالاته المختلفة.[3]

([1]) انظر: مصادر الحق – للسنهوري (٤/ ٨٧)، نظرية بطلان التصرف القانوني – الشرقاوي (٣٧٣) وما بعدها.

([2]) انظر المصادر العامة للالتزام – أنور سلطان (٢٨١).

([3]) انظر: مصادر الحق – للسنهوري (٤/ ٩٠)، نظرية العقد – عبد المنعم فرج الصدة (٣٨٩).

إذا علم هذا فإن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هو مجال تحول العقد، وكذلك العقد القابل للإبطال إذا تم إبطاله، أما العقد القابل للإبطال قبل إبطاله فقد حصل النقاش حول إمكانية تحول العقد فيه، فهناك من يذهب إلى صلاحية التصرفات القابلة للإبطال قبل إبطالها للتحول في حين يرى آخرون أنه طالما أن حق الإبطال لم يعمل به بعد فإن التصرف يظل صحيحاً، وبالتالي يكون التحول منغلقاً.[1]

مواقف الشريعة الإسلامية من مراتب البطلان :

عرفنا فيما سبق أن العقد عند جمهور الفقهاء ينقسم من حيث الصحة والبطلان إلى عقد صحيح وعقد باطل، وأن العقد الباطل هو " التصرف الذي لا يترتب عليه آثره وذلك لعدم مشروعيته سواء بأصله أو بوصفه ".

بخلاف الحنفية الذين ذهبوا إلى إثبات قسم بين الصحيح والباطل وسموه بالفاسد، فالباطل عندهم " ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه " أما الفاسد فهو " ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه " [2].

وإذا أردنا أن نقابل الفقه الإسلامي بالقانون الوضعي في تعدد مراتب البطلان، لوجدنا أن الفقه الإسلامي أكثر تدرجاً من القانون الوضعي في ذلك.

فنجد أن العقد الباطل في الفقه الإسلامي يقابله العقد الباطل في القانون الوضعي وهما سواء.

([1]) انظر: تحول العقد – للفتلاوي (٤٠).

([2]) انظر: أصول السرخسي (١٨٠/١) ،إرشاد الفحول – الشوكاني (١٩٣/١) ،تبيين الحقائق – الزيلعي (٤٤/٤) ،التنبيه – الشيرازي (٨٨/١) ، الملكية ونظرية العقد – لأبي زهرة (٤١٠) ،المدخل لدراسة الفقه الإسلامي - شلبي (٣٦٣).

ونجد أن الفقه الإسلامي عنده العقد الفاسد وهو القسم الذي أوجده الحنفية، بخلاف القانون الوضعي فلا تجد عنده ما يقابل هذا القسم لأن البطلان عنـده إما مطلقاً وهو ما يقابل العقد الباطل، وإما نسبياً أو القابل للإبطال وهو عقـد صحيح لا يقابل العقد الفاسد.

وأيضاً نجد الفقه الإسلامي يعرف العقد الموقوف ولا نجد له نظيراً فـي القانون الوضعي، ويمكن أن يقابله في بعض الحالات العقد القابل للإبطال. [1]

([1]) انظر: مصادر الحق – للسنهوري (٤/ ٢٦٦)، نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي – محمد حسنين (٧٩) وما بعدها.

المطلب الرابع

تمييز البطلان عما يشتبه به

تطرأ بعض الأوصاف على العقود وتؤثر في صحتها، سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الوضعي ، وهي بذلك تقترب من البطلان، فكان لابد أن نميز بينها وبينه حتى يتضح الفرق وإن كان بينها وبينه وجه شبه من حيث أن كلاً منها غير منتج لأثاره، وسنذكر من هذه الأوصاف عدم السريان والفسخ.

أولاً : التفرقة بين البطلان وعدم السريان:

كثيراً ما يقع الخلط بين بطلان العقد وبين عدم سريانه، وذلك لأن عدم السريان معناه أن آثار العقد غير نافذة في حق الغير حتى يجاز فإن أجيز نفذ وإلا بطل، فهذا هو وجه الشبه، إلا أن بين البطلان وبين عدم السريان فرقاً جوهرياً يجعله متميزاً عنه وهو أن البطلان يمس العقد في ذات وجوده ويجعله عدماً غير منتج لآثاره،أما عدم السريان فيرد على العقد الصحيح، فينتج هذا العقد آثاره فيما بين طرفيه، ولكنه لا يسري في حق غيرهما، ومثاله: البيع في مرض الموت صحيح بين العاقدين، ولكن لا يسري في حق الورثة فيما تجاوز ثلث التركة، فإن أقروا التصرف نفذ وإلا سقط.

وعد السريان يقابل العقد الموقوف في الفقه الإسلامي في حدود معينة. [1]

ثانياً : التفرقة بين البطلان والفسخ:

يظهر الشبه بين البطلان والفسخ في أن كلا منهما يؤدي إلى عدم نفـاذ التصرف، فالفسخ يترتب عليه عدم تنفيذ أحد الطرفين في عقد ملزم للجانبين، فهو يؤدي إلى زوال العقد.

لكنه يختلف عنه في أن سببه لاحق لا برام العقد، ففي حالة الفسخ ينـشأ العقد صحيحاً مستوفياً لأركانه وشروطه لكنه يزول لعدم قيام أحد المتعاقـدين بتنفيذ التزامه فيسقط التزام الآخر، أما البطلان فهو جزاء يلحق العقد لخلل في تكوينه، أما الفسخ فهو جزاء يرتبه القانون على عدم تنفيذ أحد طرفـي العقـد لالتزاماته، وأيضاً الفسخ قد يكون لاستحالة تنفيذ العقد مما يؤدي إلى سـقوط التزامات طرفي العقد.

وأيضاً يمكن أن نفرق بينهما، أن البطلان أوسع نطاقاً من الفسخ فالبطلان يمكن أن يلحق العقود الملزمة لجانبين وكذلك العقود الملزمة لجانب واحد أما الفسخ فلا يلحق إلا العقود الملزمة للجانبين، وهناك فرق آخر وهو أن البطلان يتقرر بقيود القانون أما الفسخ فإنه في الغالب لا يتقرر إلا بحكم من المحكمة.[2]

وهناك حالات أخرى تشتبه بالبطلان لم نفصل القول فيها خشية الإطالـة ومنها: الرجوع في العقد بإرادة أحد العاقدين، وهو مـا يـسمى فـي الفقـه الإسلامي بالعقد غير اللازم، وأيضاً الشرط الفاسخ والشرط الواقف، ويترتب

([1]) انظر: مصادر الحق – للسنهوري (٤/ ٩٤، ٩٥)، نظرية العقد – العبدلاوي (٥٤٠)، نظرية بطلان التصرف القانوني – الشرقاوي (١٤١) وما بعدها.

([2]) انظر: الوسيط في نظرية العقد – عبد المجيد الحكيم (٤٧٤، ٤٧٥)، نظرية بطلان العقود – السباعي (١٩).

على الشرط الفاسخ تعليق العقد على تحقق الشرط، كما يترتب على الـشرط الواقف تعليق إنفاذ العقد على تحقق الشرط، ولعل خيار الرؤيـة فـي الفقـه الإسلامي قريب من الشرط الفاسخ، وخيار الشرط مثل للشرط الواقف.

وهذه النظم تتلاقى مع البطلان في أن العقد في كل منهما يختل وتنعـدم آثاره، ولعل الفرق الأساسي الذي يميز البطلان عن هذه النظم هو أن العقد في نظام البطلان قد نشأ منذ البداية معتلا، أما العقد في النظم الأخرى فقـد نـشأ صحيحاً.[1]

([1]) انظر: مصادر الحق – للسنهوري (٤/ ٩١).

المبحث الثاني

الإرادة في تحول العقد

ويشتمل على المطلبين التاليين:

المطلب الأول :إرادة المتعاقدين في تحـول العقد.

المطلب الثاني :إرادة القـضاء فـي تحـول العقد.

المطلب الأول

إرادة المتعاقدين في تحول العقد

انصراف إرادة المتعاقدين إلى عناصر العقد الصحيح الذي اشتمل عليه العقد الأصلي الباطل هي الشرط الثاني من شروط تحول العقد وفقاً لبعض النظريات القانونية، وبيان ذلك أن تكون الإرادة قد اتجهت إلى عناصر العقد الصحيح، ولا يلزم أن تكون الإرادة الحقيقية المتجهة إلى العقد الأصلي قد اتجهت إلى العقد الجديد بل يكتفي بالإرادة المحتملة التي تدل عليها حال المتعاقدين وظروفهما من أنهما سوف يرتضيان العقد الجديد لو تبين لهما بطلان العقد الأصلي.

وفي الحقيقة أن هذا الكلام غير مسلم به سواء عند شراح القوانين أو في الفقه الإسلامي وسنبين ذلك من خلال بيان موقف القانون وموقف الفقه الإسلامي من اعتبار إرادة المتعاقدين وجعلها شرطاً من شروط التحول.

أولاً : موقف القانون من اعتبار إرادة المتعاقدين في تحول العقد:

اختلفت آراء شراح القوانين ونظريا تهم حول مدى تأثير إرادة المتعاقدين في إعمال التحول، في مواقف متعددة سوف نذكرها على سبيل الإيجاز.

الموقف الأول:

من النظريات من يأخذ بالمعيار الذاتي كأساس لترتيب أثار العقود، فيجعل إرادة المتعاقدين شرطاً هاماً لعملية تحول العقد، فلابد أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى عناصر العقد الجديد ولا يشترط لذلك اتجاه الإرادة الحقيقية بل يكتفى بالإرادة المحتملة، ومعنى ذلك أن إرادة المتعاقدين الحقيقية وإن كانت متجهة إلى العقد الباطل إلا أنهما كانا يريدان العقد الصحيح لوعلما ببطلان العقد الأصلي، أما إرادتهما الواقعية انصرفت إلى العقد الأصلي وإرادتهما المحتملة أو الغاية التي قصدا منها التعاقد انصرفت إلى العقد الصحيح، فالمتعاقدان وإن لم يريدا العقد الصحيح إرادة قانونية إلا أنهما أراداه إرادة عملية، والإرادة القانونية ما هي إلا وسيلة إلى تحقيق غرض عملي، فإذا تعارضت الوسيلة مع الغرض وجب تغليب الغرض على الوسيلة.

وبهذا الموقف أخذت كثير من القوانين على رأسها القانون المدني الألماني في المادة (١٤٠) والتي تنص على أنه " إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخر، فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريانه لو كانا يعلمان بالبطلان " ونحت هذه المنحى كثير من الأنظمة العربية كما في المادة (١٤٤) من القانون المدني المصري والمادة (١٤٥) من القانون المدني السوري والمادة (١٤٤) من القانون الليبي وغيرها من القوانين التي تعتمد المعيار الذاتي كأساس هام لتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح .[1]

([1]) انظر: نظرية العقد – للسنهوري (٦٣٦، ٦٣٧)، تحول العقد – للفتلاوي (٦٥- ٦٧)، نظرية بطلان التصرف القانوني – الشرقاوي (٤٠٢)، تحول التصرف – أحمد يسري (١٨١، ١٨٢).

الموقف الثاني :

هناك من أنصار نظرية الإرادة الباطنة مـن يـشترط فـي التحـول أن تنصرف إرادة المتعاقدين احتياطياً إلى العقد الصحيح الذي تحول إليه العقـد الباطل، فلا تكفي الإرادة المحتملة، بل يجب أن يكون المتعاقدين قـد توقعـا احتمال بطلان التصرف الأصلي فتنصرف إرادتهما احتياطاً إلـى التـصرف الآخر عند تحقق الاحتمال، وبذلك يكون المتعاقدان قد أراد تصرفاً باطلاً فـي الأصل، وأرادا تصرفاً صحيحاً على سبيل الاحتياط، فيقوم التصرف الصحيح على إرادة حقيقية لا على إرادة محتملة. [١]

الموقف الثالث :

وعلى العكس تماماً من الموقف الثاني، هناك من أنصار نظريـة الإرادة الظاهرة من يرون إمكانية التحول دون اشتراط إرادة محتملة أو حقيقية، بـل يكتفي بعدم وجود إرادة عكسية، فيتحول العقد ما لم يتضح من الظـروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى استبعاد هذا التحول، بمعنى أن التحـول هـو الأصل دون حاجة إلى إثبات أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى تحقيقه، وإنما يستبعد هذا التحول إذا تبين أن نيتهما قد انصرفت عنه. [٢]

([1]) انظر: نظرية العقد – للسنهوري (٦٣٧) هامش رقم (٣).

([2]) انظر: نظرية العقد – للسنهوري (٦٣٧) هامش رقم (٣).

الموقف الرابع :

أنه في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية ووفقاً لمتطلبات الاقتصاد الموجه فقدت الإرادة كثيرا من قوتها، وأصبحت مقيدة بقيود فرضها سـلطان القانون، وأصبحت صحة العقود في ظلها مرهونة بعدم مخالفتها للمتطلبـات الاقتصادية ومصلحة المجتمع ومتمشية مع النظام العام والآداب العامة، و لعل ذلك هو ما حدا ببعض الشراح إلى القول بأن أساس القوة الملزمة للعقد هـو سلطان القانون لا سلطان الإرادة، وفي ظل هذه النزعة الاقتـصادية يـصبح تحول العقد مرهون بموافقته للأهداف والأغراض الاقتـصادية والاجتماعيـة فتصبح إرادة المتعاقدين مقيدة بهذا القيد. [1]

ثانياً : موقف الفقه الإسلامي من اعتبار إرادة المتعاقـدين فـي تحـول العقد:

الإرادة في الشريعة الإسلامية دورها مقصور على إنشاء العقود فقط، أما أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع لا من العاقد، فإذا اتجهت الإرادة إلى إنشاء العقد نشأ ذلك العقد، ولكن آثاره مرجعها إلى الشارع سواء أراد العاقـد هذه الآثار أم لم يردها، وعلى ذلك تكون مقتضيات العقود كلها مـن أعمـال الشارع لا من أعمال العاقد.

---

(1) انظر: تحول العقد – للفتلاوي (٦٨- ٧٢).

وكون آثار العقود لا تكون إلا من الشارع، وأن مقتـضياتها وأحكامهـا يرتبها الشارع، وأن دور الإرادة مقصور على إنشاء العقد دون ترتيب أحكامه قضية طرحها الفقهاء في كتبهم وأشاروا إليها ووضحوها. [1]

وممن قرر قاعدة أن آثار العقود من الشارع ابن تيمية [2] رحمه الله حيث يقول : (فكما أن أفعالنا في الأعيان من الأخذ والزكاة الأصل فيهـا الحـل وأن غير حكم العين، فكذلك أفعالنا في الأملاك والعقود ونحوه الأصل فيهـا الحل، وإن غيرت حكم الملك له، وسبب ذلك أن الأحكـام الثابتـة بأفعالنـا، كالملك الثابت بالبيع، وملك البضع الثابت بالنكاح، نحن أحدثنا أسـباب تلـك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا) [3]

ويبدو مما سبق أن الشريعة الإسلامية ضيقت نطاق سلطان الإرادة فـي مجال ترتيب آثار العقود إلى أبعد الحدود، وهذا يعنـي أن إرادة المتعاقـدين ليست هي الأساس في تحول العقد الباطل، وإنما تعتمد المعيار الموضـوعي كأساس للتحول وهو أنه إذا كانت آثار التحول تتفق مع أحكام الشارع وأوامره ونواهيه فإنه يصار إلى التحول،أما إذا كانت تخالف ولاتتفق مع مـا يتطلبـه الشارع فإنه لايصار إليه حتى ولو اتجهت إليه إرادة المتعاقدين .

([1]) انظر: الموافقات – للشاطبي (١- ٢١٤).

(2) هو أبو العباس، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية، ولد سنة ٦٦١هـ، توفي سنة ٧٢٨هـ، من مصنفاته: منهاج السنة- اقتصاء الصراط المستقيم- السياسة الشرعية وغيرها، انظر في ترجمته:الذيل على طبقـات الحنابلة (٣٨٧/٢)،المقصد الأرشد(١٣٢/١).

(3) انظر: الفتاوى الكبرى (٣/ ٤٨٤).

ويمكن أن يقال بأن الموقف الرابع لشراح القوانين الذى يقيـد سـلطان الإرادة بأنه أقرب المواقف إلى موقف الفقه الإسلامي، وذلك أنه في كل منهما يشترط عدم المخالفة لترتيب الآثار، ففي الفقه الإسلامي يشترط عدم مخالفـة أحكام الشارع، وفي القانون يشترط عـدم مخالفـة النظـام العـام والآداب والمصلحة العامة.

المطلب الثاني

إرادة القضاء في تحول العقد

بعد أن عرفنا أن انصراف نية المتعاقدين إلى عناصر العقد الجديد شرط أساسي لقيام عملية تحول العقد الباطل الأصلي إلى العقد الصحيح سواء كانت هذه النية حقيقية أم محتملة وفقا للمعيار الذاتي ، نجد أن مهمة الكـشف عـن النية وتفسيرها موكولة للقاضي.

فالقاضي حينما يحكم بتحول عقد باطل إلى عقد آخر صحيح إنما يفـسر في ذلك نية المتعاقدين، ويستعين بسلطته في تفسير العقود، وهي سلطة واسعة يكيف بمقتضاها العقد الذي يفسره التكييف القانوني الملائم ما دام لا ينحـرف في هذا التكييف عن الغاية العملية التي قصد إليها المتعاقـدان، وهـو بهـذا التفسير أحل الغاية العملية المقصودة محل الإرادة القانونية المعلنة متوخياً في ذلك التمشي مع نية المتعاقدين.[1]

والقاضي في تفسيره يفسر على ضوء الإرادة الظاهرة، بمـا اسـتخدمه المتعاقدان من عبارات في إبرام العقد فإذا عجز التجأ إلى الإرادة الباطنة، أي إلى ما قصده المتعاقدان عند تعبيرهما بألفاظ العقد، فهو يبحـث عـن النيـة المشتركة للمتعاقدين وبهذا يكون القاضي، وهو يبدل العاقدين بعقدهما الأصلي عقداً جديداً، قد أحل نفسه محلهما في اختيار الطريق القانوني الصحيح وتكون

([1]) انظر: نظرية العقد – للسنهوري (٦٣٧).

شروط التحول بمثانة القيود التي تحد من إطلاق تقدير القاضي بحيث يقـرب ما أمكن بين إرادة المتعاقدين المحتملة وإرادتهما الحقيقية. [1]

ودور القاضي هنا يأتي منسجماً مع المعيار الذاتي الـذي يجعـل لإرادة المتعاقدين واتجاه نيتهما إلى العقد الجديد شرطاً أساسياً لعملية تحـول العقـد، فيكون دوره الكشف عن التحول والتثبت من استكماله لشروطه، وعند ذلـك يفرض التحول على القاضي كما يفرض على الطرفين، فالقاضي هنا لا يبعث في التصرف الحياة وإنما يكشف عن هذه الحياة.

وإذا أردنا أن نطبق المعيار الموضوعي لنظرية لتحول وهو إهمال نيـة المتعاقدين وعدم اعتبار إرادتهما أو التقليل من شأنها، نجد أن دور القاضـي يتسع ويصبح أكبر وتخول له صلاحيات كان يفتقدها حينما يطبـق المعيـار الذاتي.

فبعد أن كانت سلطة القاضي محصورة في الكشف والتفسير عن المعنى التي قصده المتعاقدان، نجد أن سلطته التقديرية تكون واسعة في تفسير العقـد تمكنه من أن يكشف عن المعنى الذي يكفل تحقيق الأغـراض و الأهـداف الاجتماعية للعقد، وبالتالي تغلب المصلحة العامة على المصلحة الفردية ممـا يخول القاضي سلطة فرض رأيه في عملية تحول العقد. [2]

---

(1) انظر: نظرية العقد – عبد المنعم فرج الصدة (٤٥٠)، تحول العقد – للفتلاوي (٧٣).

([2]) انظر: تحول العقد – للفتلاوي (٧٣- ٧٧).

موقف الفقه الإسلامي :

سبق وأن عرفنا أن الفقه الإسلامي يقلل من شأن إرادة المتعاقدين ويضيق نطاقها، وبالتالي تزداد صلاحيات القاضي وتتسع سلطته بحيث لا تقتصر على الكشف عن المعنى الذي قصده المتعاقدان بل تتعدى إلى أكثر من ذلك وهـو التأكد من أن تحول العقد وآثاره التي تنتج عنه تتفقان مـع أحكـام الـشارع وأوامره ونواهيه، فما دام أنهما متفقان فيجب على القاضي إقـرار التحـول بحيث ينتج أثره، ومتى ثبتت المخالفة فإن القاضي يمتنع عن إقراره حتى ولو اتجهت إليه إرادة المتعاقدين.

المبحث الثالث

موافقة العقد الباطل أركان عقد صحيح آخر أو عناصره

ويشتمل على المطلبين التاليين:

المطلب الأول :الطبيعـة القانونيـة للعقـد الصحيح الآخر .

المطلب الثاني :أركـان أو عناصـر العقـد الجديد.

المبحث الثالث

موافقة العقد الباطل أركان عقد صحيح آخر أو عناصره

تمهيد:

موافقة أو اشتمال العقد الأصلي الباطل للأركان أو العناصر اللازمة لقيام العقد الصحيح الآخر هو الشرط الثالث من شروط التحول فلابد أن يتـضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الأخر الذي يتحول إليه، ولا يـسوغ استكمال العقد الجديد بعناصر خارجة عن العقد الباطل و إلا ما كان هنـاك تحول.

وهذا الشرط تجده واضحاً جلياً في نص المادة (١٤٠) مـن القـانون المدني الألماني والتي تنص على أنه " إذا كان العمل القانوني الباطـل يفـي بشروط عمل قانوني آخر، فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان " .[١]

([1]) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – للسنهوري (١/ ٥٠١)، نظرية بطلان العقود وإبطالها – السباعي (٤٣٩).

وكلا منا عن هذا الشرط سوف يرتكز على محـورين همـا الطبيعـة القانونية للعقد الصحيح الآخر، وبحث أركان وعناصر العقد الجديد، وسـوف يكون ذلك في مطلبين.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للعقد الصحيح الآخر

سبق وأن عرفنا أن من شروط التحول أن يكون العقد الأصـلي بـاطلاً بأكمله وفي نفس الوقت متضمناً لعناصر أو أركان عقد آخر صحيح يـشارك العقد الأصلي في بعض أو أغلب مقوماته الفنية وفي الغاية العملية المتوخـاة منه.

والذي ينبغي معرفته أن العقد الجديد ليس هو المقصود أصلاً مـن قبـل المتعاقدين عند إبرام العقد في أول الأمر،بل يختلف عنه ، وفي ذلـك يقـول الأستاذ السنهوري : " والعقد الذي ينتج أثراً قانونياً ليس هو العقد الباطل الذي اختاره المتعاقدان، بل هو العقد الصحيح الذي انقلب إليه العقد الباطل بمقتضى سلطان القاضي في التفسير وهذا العقد الصحيح ليس أساسه العقد الباطل، بل أساسه عناصر مستقلة عن هذا العقد تجمعت في دائرتـه وفـسرها القاضـي تفسيراً تماشى فيه مع نية المتعاقدين فاستخلص منها العقد الصحيح ". [1]

([1]) انظر: نظرية العقد- للسنهوري (٦٣٧).

وقد اختلفت الاتجاهات حول الطبيعة القانونية التي يتـصف بهـا العقـد الجديد، وهل يلزم أن يكون العقد الجديد من نوع آخر يختلف عن نوع العقـد الأصلي أم اختلاف المضمون العقدي يكفي لإعمال مبدأ التحول؟.

فنجد أن الاتجاه الغالب يشترط أن يكون العقد الجديد مختلفاً عـن العقـد الأصلي في طبيعته ولا يكفي اختلاف المضمون لإعمـال مبـدأ التحـول[1]، فلابد أن يكون العقد الجديد الذي تحول إليه عقداً من نوع آخر، ويقع في نطاق قانوني يختلف عن العقد الأصلي بحيث لا يحول هذا الاختلاف دون حـصول عملية التحول طالما أنها تحقق الغاية التي قصدها المتعاقدان وطالما أن العقد الجديد يوافق في عناصره التصرف الأصلي.

ونجد أن هناك اتجاهاً آخر يجعل اختلاف المضمون بين العقـدين كافيـاً لإعمال التحول دون اشتراط أن يكون للعقد الأصلي نوعاً يختلف عن العقـد الجديد، وأن القانون يتطلب تصرفاً آخر ولا يلزم أن يكون نوعاً آخر، فيكفي أساساً أن يميز العقد الجديد عن العقد الباطل أي تغير ما، إذ تقوم الحاجة إلى التحول إلى عقد آخر من نفس النوع مع اختلاف في المضمون، فالعقد المتغير من حيث مضمونه فقط هو عقد آخر، فإذا أمكن تحقيق الغرض الاقتـصادي والغاية المطلوبة عن طريق العقد الجديد فإن التحول يكون جائزاً. [2]

وبالنظر إلى هذين الاتجاهين نجد أن الاتجاه الأول قد خـالف الـصواب وذلك لأن اشتراط اختلاف النوع بين العقدين تحكم لا دليل عليه فالمواد التي أشارت إلى التحول لا تقدم دليلاً على مثل هذا التقييد.

---

(1) انظر: بطلان التصرف القانوني – جميل الشرقاوي (٢٠٤).

([2]) انظر: تحول التصرف – أحمد يسري (١٤٧- ١٥٠)، تحول العقد للفتلاوي (٧٨- ٨٥).

وأيضاً العبرة ليست باختلاف العقدين من حيث النوع، وإنما بما إذا كانت الصورة القانونية للعقد الجديد ستساعد على الحصول على الغاية والنتيجة التي قصدها المتعاقدان على وجه السرعة.

وأيضاً اشتراط مثل هذا الشرط يقلل من حالات إعمال التحول ويـضيق من نطاق تطبيقه مما يتنافى مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية، حيث أن التحول يقلل من حالات البطلان.

ولعل الاتجاه الثاني هو الاصوب لما ذكرنا، ولأن هذا الاتجـاه يكـسب موضوع التحول أهمية كبيرة، حيث سيزداد عدد العقود الباطلـة المـستثمرة والتي كان من الممكن أن تكون بلا أثر يذكر. [1]

([1]) انظر: تحول التصرف – أحمد يسري (١٥٢)، تحول العقد – للفتلاوي (٨٤، ٨٥).

المطلب الثاني

أركان أو عناصر العقد الجديد

سبق وأن عرفنا أن من شروط التحول موافقة العقـد الأصـلي الباطـل عناصر عقد آخر صحيح حيث ظهر ذلك واضحاً جلياً في نص المادة (١٤٠) من القانون المدني الألماني " إذا كان العمل القانوني الباطل نفـي بـشروط عمل قانوني آخر .... " ومعنى ذلك أن يوافق عناصر العقد الباطل عناصـر العقد الجديد.

إلا أن شراح القوانين اختلفوا في الموافقة هل يقصد بها الاحتواء بمعنـى أن العقد الباطل يجب أن يحتوي في واقعته المادية عناصر العقد الجديد، وتبعاً لذلك يجب أن تكون هذه العناصر ليست هي نفسها عناصـر العقـد الباطـل وليست أكبر من عناصر العقد الباطل ؟ أم أن الموافقـة لهـا معنـى غيـر الاحتواء؟.

ذهبت طائفة من شراح القوانين إلى الموافقة أو التوافق الذي ينبغـي أن يكون بين عناصر العقد الأصلي وعناصر العقد الجديد معناه الاحتواء بمعنى أن يكون العقد الأصلي متضمناً ومحتوياً لعناصر العقد الجديد ليست هي نفسها عناصر العقد الأصلي ولا ينبغي أن تكون أكبر منه.

ونجد أن بعض الشراح يعمدون إلى عدم ذكر " الاحتـواء " صـراحة، ولكن يشترطون أن يوجد في العقد الأصلي كافة عناصر العقد الجديد أو وجود كافة العناصر ما عدا عنصر الإرادة.

وفي المقابل نجد طائفة أخرى يرون أن التوافق لا يمكن أن يكون معناها الاحتواء بمعنى أن واقعة العقد الأصلي لا يلزم أن تشبه من كافـة الوجـوه واقعة العقد الجديد، حتى ولا أن يكون العقد الجديد متضمنا على وجه كامـل في الأصلي الباطل، فالتوافق معناه رابطه تقوم بين العقـدين يجـب جعلهـا موضع الاعتبار، وتوصف هذه الرابطة عادة بأنها رابطة الغرض والغاية التي قصدها المتعاقدان.

ولعل الأرجح هو الأخذ بالاتجاه الذى يذهب إلى أن توافر أركان العقـد الجديد لا يعني بأي حال احتواءها ضمن العقد الأصلي الباطـل، لأن ذلـك سيؤدي إلى زيادة حالات التحول وعلى العكس فإن مدلول الاحتواء سـيؤدي إلى التقليل من عملية التحول وعدم الاستفادة منه إلا في نطاق ضيق. [1]

([1]) انظر: تحول التصرف – أحمد يسري (١٥٢) وما بعدها، تحول العقد – للفتلاوي (٨٥) وما بعدها.

الفصل الثالث

آثار تحول العقد

ويشتمل على المباحث التالية :

المبحث الأول: آثار التحول في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: آثار التحول في النظام.

المبحث الثالث: آثار التحول من حيث الزمان والأشخاص

الفصل الثالث
آثار تحول العقد

تمهيد:

بعد أن عرفنا الشروط اللازمة لتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح جديد، وأنه متى ما استوفيت هذه الشروط فإن العقد الجديد يكتسب القوة التي تمكنه من ترتيب آثاره الشرعية.

وأثار التحول ستختلف بالتأكيد تبعا لاختلاف المبادئ التي يقوم عليها العقد، فنجد أنه في الشريعة الإسلامية وإن كان العاقدان لهما الحرية في إنشاء العقود إلا أن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع لا من العاقد، فالعاقد ينشئ العقد فقط ولكن لا ينشئ الآثار، وتبعاً لذلك نجد أن آثار التحول ستخضع لحكم الشارع الذي يعرف مصالح العباد أكثر من معرفة الأفراد لها.[1]

ونجد أيضاً في القوانين الوضعية أن إرادة المتعاقدين كما أن لها الحرية في إنشاء العقود لها الحرية كذلك في الآثار التي تترتب على العقد، فالعقد شريعة المتعاقدين في القانون بالنسبة لآثاره وكل ما اشتمل عليه ما لم يكن مشتملاً على شيء يخالف النظام العام والآداب العامة.

وكذلك نجد أنه في النظم والقوانين ذات الاقتصاد الموجه التي تقدم مصلحة المجتمع على مصلحة الأفراد نجد أن آثار العقد خاضعة للنظام العام

([1]) انظر : الموافقات – للشاطبي (١/ ٢١٤).

ولمتطلبات خطة التنمية ليكون له دور إيجابي في نشاط اقتصادي واجتمـاعي شامل. [1]

وللوقوف على آثار التحول وقوفاً أكثر شمولاً سوف نتناولها بالتفـصيل في المباحث الآتية.

([1]) انظر: الملكية ونظرية العقد – محمد أبو زهرة (٢٥٠، ٢٥١)، تحول العقد – للفتلاوي (٢٢٤).

المبحث الأول

آثار التحول في الفقه الإسلامي

سبق وأن عرفنا أن الشريعة الإسلامية تجعل للعاقدين الحرية في إنـشاء العقود، أما آثار العقود فإنها تكون من الشارع لا من العاقد، فالعاقـد ينـشئ العقد فقط ولكن لا ينشئ الآثار، وعليه تكون آثار التحول مردها إلى الـشارع الحكيم دون الرجوع إلى نية المتعاقدين أو إرادتهما وبالتالي هذه الآثار تكون مأطورة بإطار الموافقة وعدم المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية .

ونجد أن هذا المبدأ القائم في الفقه الإسـلامي وهـو أن آثـار العقـود وأحكامها لاتكون إلا بحكم الشارع وأن حرية المتعاقدين دائـرة فـي إنـشاء العقود لافي آثارها مبين وموضح في كتـب علمـاء الـشريعة وفـي هـذا الخصوص يقول الشاطبي [1] :"المسألة التاسعة ماذكر في هذه المسائل من أن المسببات غير مقدورة للمكلف وأن السبب هو المكلف به إذا اعتبر ينبني عليه أمور : أحدها أن متعاطي السبب إذا أتى به بكمال شروطه وانتفاء موانعه ثم قصد أن لا يقع مسببه فقد قصد محالا وتكلف رفع ما ليس له رفعه ومنع ما لم

(1) هو: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي المالكي المعروف بالشاطبي من مصنفاته : الموافقات - الإعتصام- المقاصد وغيرها توفي سنة ٧٩٠ ه انظر في ترجمته : نيل الإبتهاج (٤٦/١)، الأعلام (٧٥/١) ،معجم المؤلفين (١١٨/١).

يجعل له منعه فمن عقد نكاحا على ما وضع له في الشرع أو بيعا أو شيئا من العقود ثم قصد أن لا يستبيح بذلك العقد ما عقد عليه، فقد وقع قـصده عبثـا ووقع المسبب الذي أوقع سببه"[1].

ثم أورد الشاطبي رحمه الله على هذا الكلام إشكالا من وجهين أحدهما : أن اختيار المكلف وقصده شرط في وضع الأسباب فإذا كان اختيـاره منافيـا لاقتضاء الأسباب لمسبباتها كان معنى ذلك أن الأسباب لم يتعاطهـا المكلـف على كمالها بل مفقودة الشرط وهو الاختيار فلم تصح من جهة فقـد الـشرط فيلزم أن تكون المسببات الناشئة عن الأسباب غير واقعة لفقد الاختيار .

ثم أجاب عن ذلك الشاطبي بقوله:" أن الفرض إنما هو في موقع الأسباب بالاختيار لأن تكون أسبابا لكن مع عدم اختياره للمسبب ولـيس الكـلام فـي موقعها بغير اختيار، والجمع بينهما ممكن عقلا لأن أحدهما سابق على الآخر فلا يتنافيان كما إذا قصد الوطء واختاره وكره خلق الولد أو اختار وضع البذر فى الأرض وكره نباته أو رمى بسهم صوبه على رجل ثم كره أن يصيبه وما أشبه ذلك فكما يمكن اجتماعهما فى العاديات فكذلك في الشرعيات".[2]

ويقرر هذا المبدأ أيضاً العلامة ابن تيمية بقوله: " فكما أن أفعالنـا فـي الأعيان من الأخذ والزكاة الأصل فيها الحل وإن غير حكم الملك له، فكـذلك أفعالنا في الأملاك والعقود ونحوها الأصل فيها الحل، وأن غيرت حكم الملك له، وسبب ذلك أن الأحكام الثابتة بأفعالنا، كالملك الثابت بالبيع، وملك البضع

(1) الموافقات (٢١٤/١)
(2) الموافقات (٢١٦/١)

الثابت بالنكاح، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام والشارع أثبت الحكم لثبـوت سببه منا " [1]

وعلى ذلك تكون مقتضيات العقودكلها من الشارع لا من العاقـد فإفـادة البيع نقل الملكية من البائع إلى المشتري، واستحقاق البائع للثمن، وغير ذلـك من الأحكام ليس ذلك من ذات الإيجاب والقبول ومـا وراءهمـا مـن إرادة العاقدين ورضاهما وتوافق رغباتهما فقط، ولكن لهذا، ولأن الشارع جعل ذلك العقد طريقاً لثبوت هذه الآثار وتلك الأحكام بأمرين:

أولهما: إذن عام من الشرع يجعـل الرضـا طريقـاً لإنـشاء الحقـوق والواجبات وانتقالها، وذلك في الأصل العام في قوله تعالى: " يا أيهـا الـذين أمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم " [2] ثم أوجب الوفاء بالعقود وتنفيذ أحكامها في قوله تعالى" يا أيها الـذين امنـوا أوفوا بالعقود".[3]

ثانيهما: أن الشارع جعل لكل عقد من العقود الشرعية أثراً له يثبـت إذا توافرت أركانه، وتحققت شروطه، وليس للعاقد أن يتخلص من ذلك المقتضى بشرط يشترطه، قبل العقد أو في أثنائه ما لم يرد إذن مـن الـشارع بـذلك،

---

(1) انظر: الفتاوى (٣/ ٤٨٤).

([2]) سورة النساء :آية٢٩.

([3]) سورة المائدة : آية ١.

وإقرار منه له، سواء أكان ذلك إذناً عاماً شاملاً، أم إذناً خاصاً بـإقرار ذلـك الشرط بعينه، وكذلك ليس له أن يزيد على المقتضى إلا بإذن من الشارع .[1]

ومما تقدم نستنتج أن آثار العقود بشكل عام صحيحة أم باطلة لا تخـضع لإرادة المتعاقدين في الشريعة الإسلامية، بل تخضع لأحكام الشارع فإذا كانت مخالفة لأحكام الشارع فإنها تعد باطلة لا قيمة لها.

وهذا المبدأ القائم في الشريعة الإسلامية لا يعني إهدار إرادة المتعاقـدين وإهمال رضاهما، بل العكس صحيح، إذ إن الرضا في العقود له سلطان قوي في أحكام العقود وآثارها إلا أن هذا السلطان مستمد بإذن عام مـن الـشارع الحكيم الخبير بمصالح الناس. [2]

وبما أن آثار تحول العقد هي من جملة آثار العقود ووفقاً للمبدأ القائم في الفقه الإسلامي وهو أن آثار العقود مرهونة بعدم مخالفتها لأحكـام الـشريعة الإسلامية، ينبغي أن تخضع آثار التحول لأحكام الشريعة الإسلامية وهو مـا يعرف في القانون الوضعي بالنظام العام علماً بأن دائرة النظام العام في الفقه الإسلامي أوسع منها في القوانين الوضعية، فتحريم العقود الربويـة وتحـريم عقود الغرر يوسعان كثيراً من هذه الدائرة في الفقه الإسلامي، فالأصـل إذن

([1]) انظر: الملكية ونظرية العقد _ لأبي زهرة (٢٥١، ٢٥٢).

([2]) انظر: الملكية ونظرية العقد – أبو زهرة (٢٥٦).

في الفقه الإسلامي هو حرية التعاقد في حدود النظـام العـام، إلا أن كثـرة القواعد التي تعتبر من النظام العام تضيق هذه الحرية. [1]

(1) انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي – للسنهوري (١/ ٨١).

المبحث الثاني

آثار التحول في النظام

تختلف طبيعة آثار التحول في ظل النظم والقوانين المختلفة تبعاً لاختلاف المبادئ التي تقوم عليها تلك النظم من حيث اعتبار إرادة المتعاقدين أو التقليل منها أوالتضييق عليها أو إهمالها.

فنجد أنه في ظل القوانين التي تعتمد المعيار الذاتي مثل القانون الفرنسي توجب أن تنصب الإرادة على المعقود عليه ، فكأن جميع الالتزامـات التـي تترتب على العقد مفروض فيها أنها أريدت جميعها من العاقدين، وفـي هـذا يقول السنهوري: " وكما أن منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة كذلك الأثر الذي يترتب على الالتزام فهو خاضع للإرادة أيضاً "،[1] وبالتالي لا يجـوز أن تفلت آثار التحول عند بطلان العقد الأصلي عن هذه القاعدة.

وآثار التحول وفقا لهذا المبدأ يجب أن تترتب على وفق إرادة المتعاقدين، أما ما يقال عن المصلحة العامة، ، وقواعد العدالة والنظام العام فهذه الأشياء

([1]) انظر: نظرية العقد (١٠٠).

لا يصح أن تكون قيودا على حرية المتعاقدين في إنشاء العقود وترتيب آثارها ونتائجها القانونية .[1]

ونجد في المقابل اتجاها آخر يقلل من شأن الإرادة ويقول بأن إ خـضاع العقد في آثاره وتفسيره لسلطان الإرادة قولٌ لا تنهض به حجة، لأن أكثر آثار العقد يرتبها القانون بنفسه، ولا يفكر المتعاقدان في شيء من ذلـك، ولا أدل على ذلك من أن هناك التزامات تترتب على العقد لم تخطر في ذهن الملتزم، وكثيراً ما تثبت الوقائع أيضاً أن الطرفين قد عقدا العقد دون أن يدركا طبيعته والآثار التي تترتب عليه ومع ذلك يتحملان جميع نتائج التـصرف القـانوني الذي تنطبق عليه عناصر هذا العقد.

ونجد أن المتعاقدين بعد أن يتفقا على الشيء الجوهري يتركـان الأمـر للقانون، وهو الذي يرتب آثار العقد الآخر، ناظراً في ذلك مصلحة المجتمـع وقواعد العدالة والنظام العام.

والقاضي إذا فسر العقد لا يتوقع أن يجد المتعاقدين قد نظـرا فـي كـل شيء، واتفقا عليه، فهو لا يستعين في الواقع بافتراض إرادة موهومة بل يطبق قواعد العدالة بعد النظر في ظروف التعاقد ومنها ظروف إرادة المتعاقـدين، وعلى هذا فإن آثار العقد لا تخضع خضوعاً تاماً لإرادة المتعاقدين.

وعلى هذا فإن التحول يتم بقوة القانون، ويجب أن يحكم به إذا تـوافرت الشروط المطلوبة له، وتبعاً لذلك فإن آثار التحول تقع بقوة القـانون والحكـم

([1]) انظر: نظرية العقد – للسنهوري (١٠١).

الذي يقضي بالتحول ليس منشئا وإنما مقررا فالقاضي حينما يحكم بالتحول لا يحكم به من تلقاء نفسه وإنما يحكم به إذا توافرت الـشروط المطلوبـة لـه وبالتالي يكون حكم القاضي ليس هو الذي يبدأ بإعمال التحول وإنما يقرر أن التحول قد تم فالقاضي لا يبعث في العقد الجديد الحياة وإنما يبحث عن هـذه الحياة.[1]

ونجد أنه في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية ووفقـاً لمتطلبـات الاقتصاد الموجه عمدت كثير من القوانين ذات الاقتصاد الموجه إلى التقليـل من شأن الإرادة وأفقدتها كثيراً من قوتها، فالعقد في ظل الاقتـصاد الموجـه يؤدي وظيفة اقتصادية واجتماعية، ويجب أن يظل في إطار وظيفته لا يخرج عن نطاقها أو ينافي غايتها، وبالتالي لا يجـوز أن يتحـول العقـد إلـى أداة للإضرار بالاقتصاد أو إلى وسيلة لاستغلال الآخرين، لذلك إذا كـان العقـد باطلاً فلا تترتب عليه الآثار التي أرادها المتعاقدان، ولكن يجوز أن تترتـب الآثار التي يقررها القانون وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة.

ويظهر مما تقدم بأن آثار العقد الجديد في ضـوء متطلبـات الاقتـصاد الموجه، يجب أن تحقق متطلبات النظام العام وخطة التنمية اللـذين يـشكلان فعلا أساس وجود وصحة هذا العقد الجديد، بالاعتماد على سياسة نظاميـة مؤداها المحافظة على الآثار التي تتلاءم مع أغراض النظام العام ولا يوجد

([1]) انظر: تحول العقد – للفتلاوي (٢٣٦)، نظرية العقد – للسنهوري (١٠٣- ١٠٥)، تحول التصرف – أحمد يسري (٢٠٨، ٢٠٩).

سبب لبطلانها، ولا يقتصر التحول في العقود على إشباع الحاجـات الفرديـة فقط.[1]

(1) انظر: تحول العقد – للفتلاوي (٢٣٨- ٢٤١).

المبحث الثالث

آثار التحول من حيث الزمان والأشخاص

ويشتمل على المطلبين التاليين:

المطلب الأول:آثار التحول من حيث الزمان.

المطلب الثاني:آثـار التحـول مـن حيـث الأشخاص.

المطلب الأول

آثار التحول من حيث الزمان

إن العقد الجديد المتحول إليه بعد بطلان العقد الأصلي يحمل تاريخ العقد الأصلي، بمعنى أن التحول ينتج أثره بأثر رجعي وليس بأثر حال، وفي هـذا يقول أحمد يسري: " والواقع أن أثر تحول التصرف الباطل يقع فـي وقـت إبرامه، فالتصرف الجديد يحمل تاريخ التصرف المراد أصلاً وبعبارة أخـرى فإن التحول ينتج أثره بأثر رجعي وليس بأثر حال ، وحتى الذي أراد تجنـب هذا المبدأ كقاعدة عامة، فقد سلم بأن التحول يقع بصفة عامة بأثر رجعي ".[1]

وبناء عليه فإن العقد الجديد يحل بأثر رجعي محل العقد الباطل، ويـصح دون أن يحتاج إلى عمل جديد من جانب المتعاقد، إذ إنه هو الرابطة الوحيـدة التي تقوم بين الطرفين، وإنما يمكن إنهاؤه أو تعديله عن طريق اتفاق عكسي.

ولا شك بأن فكرة الأثر الرجعي للبطلان، تعتبر من الأسباب الهامة التي جعلت نظام التحول أكثر أهمية وخطورة في معالجة الكثير من النتائج التـي تترتب على هذه الفكرة.[2]

([1]) انظر : تحول التصرف (٢٠٩).

([2]) انظر: تحول العقد – الفتلاوي (٢٤٥)، تحول التصرف – أحمد يسري (٢١٠).

المطلب الثاني

آثار التحول من حيث الأشخاص

إن صحة التصرف الجديد لا تسري بين المتعاقدين فقط، بل تسري كذلك في مواجهة أي شخص ثالث، والطرف الذي يتمسك بالتحول لا يتحمل عبء إثبات وجود شروطه، إنما اللازم فقط هو ضرورة اقتناع القاضي دائماً بتوفر هذه الشروط، إلا أن هناك من يعتقد بأن الذي يتمسك بالتحول يكون مع ذلك ملزماً بالإثبات.

ولما كان التصرف الجديد يصح بقوة القانون، فمن الواجب على القاضي مراعاة إمكان التحول في الدعوى من تلقاء نفسه، ومع ذلك فعلى طرفي العلاقة التعاقدية أن يقدما للقاضي مادة حكمه ويجب أن يضعا أمامه الوقائع التي ينتج عنها أن التحول يكون له مجال في الدعوى.

ولكن هناك من ينفي إمكان أن يعمل القاضي التحول من تلقاء نفسه ويحتج لذلك بأن التحول إنما يخدم في المحل الأول حاجة المتعاقد ولذلك فإن إعماله ضد إرادة ذلك الذي كان من الواجب أن يساعده سوف يتعارض مع هذا الغرض.[1]

([1]) انظر: تحول التصرف – أحمد يسري (٢١٠، ٢١١).

الفصل الرابع

تطبيقات على تحول العقد

ويشتمل على المباحث التالية :

المبحث الأول: تطبيقات على تحول العقد في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني:تطبيقات على تحول العقـد فـي النظام السعودي .

المبحث الثالث: تطبيقات قضائية علـى تحـول العقد.

الفصل الرابع
تطبيقات على تحول العقد

تمهيد:

بعد أن انتهينا من الجانب النظري لموضوع تحول العقد من ذكر تعريفه وشروطه وتميزه عن غيره، ودراسة طبيعة آثاره التي يرتبها نتيجة لـبطلان العقد الأصلي، نكون قد وصلنا إلى الفصل الأخير من هذا البحث الذي يتضمن الجانب العملي وهو ذكر تطبيقات للتحول سواء كانت هذه التطبيقات فقهية أو نظامية أو قضائية.

ولا شك أن ذكر مثل هذه التطبيقات تجعل القارئ على إلمام تام وشامل لهذا الموضوع، فلا يكفي لفن من الفنون التعرف على الأحكام النظرية له، بل لابد من الوقوف على تطبيقاته العملية التي تمكنه من الإلمام بأصول هذا الفن وإدراك الأحكام العارضة له.

ومن هنا رأيت أن أختم هذا الفصل الذي سوف أورد فيه أمثلة ونمـاذج على تحول العقد، وهذه الأمثلة والنماذج سوف تكون من الفقه الإسلامي ومن النظام السعودي ومن الأحكام القضائية الصادرة مـن المحـاكم الـسعودية، وبالتالي سوف يكون هذا الفصل على وفق المباحث التالية :

المبحث الأول: تطبيقات على تحول العقد في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: تطبيقات على تحول العقد في النظام السعودي.

المبحث الثالث: تطبيقات قضائية على تحول العقد.

المبحث الأول

تطبيقات على تحول العقد في الفقه الإسلامي

ويشتمل على المطالب التالية:

المطلب الأول:تحول عقد السلم إلى عقد بيع والعكس.
المطلب الثاني :تحول عقد الهبة إلى عقد بيع والعكس.
المطلب الثالث: تحول عقد المضاربة إلى عقد قرض.
المطلب الرابع: تحول عقد الاستصناع إلى عقد سلم.
المطلب الخامس: تحول عقد الإجار المنتهي بالتمليـك إلى عقد بيع.

المبحث الأول

تطبيقات على تحول العقد في الفقه الإسلامي

تمهيد:

الفقه الإسلامي مليء بالنماذج والتطبيقات على مـسألة تحـول العقـد، فالأمثلة عليه مبثوثة في كتب الفقهاء وبخاصة في كتب المعـاملات، وإن دل هذا على شيء فإنما يدل على حرص الشريعة الإسلامية على تصحيح العقود بقدر المستطاع ، و التقليل من حالات البطلان وما لها من تأثير سلبي علـى سير عجلة الاقتصاد في المجتمع، وكل ذلك مأطور بإطار الموافقـة وعـدم المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولا شك أن عرضنا لبعض النماذج والتطبيقات فضلاً عن إعطاء القارئ الكريم تصوراً كاملاً عن عملية تحول العقد، فإنها تكون دليلاً وشاهداً له مـن بين الأدلة الكثيرة على شمولية هذه الشريعة ومواكبتها لكل زمان ومكان، فقد سبق الفقه الإسلامي جميع الأنظمة والقوانين الوضعية في كثير من مجـالات الحياة ومنها مجال إعمال تحول العقود الباطلة مما يدحض حجة القائلين بـأن الشريعة الإسلامية لا تواكب العصر الحاضر.

وفي الحقيقة أن التطبيقات الفقهية على عملية تحول العقد وإن كانت كثيرة إلا أنها قلت بسبب تركيزنا في هذا البحث على العقود المالية، وبالتالي سوف

يكون عرضنا لنماذج وتطبيقات على عقود مالية فقط، وسوف يكـون وفـق المطالب الآتية.

المطلب الأول

تحول عقد السلم إلى عقد بيع والعكس

المسألة الأولى: تحول عقد السلم إلى عقد بيع:

السلم لا يصح إلا بشروط ومن شروطه : كون المسلم فيه دينا في الذمة ، لكن لو كان المسلم فيه عيناً كأن يقول: أسلمت إليك هذه السيارة فـي هـذا المنزل، هل يبطل العقد أم أنه يتحول إلى بيع لكونه يتضمن معنى البيع؟.[1]

هذه المسألة محل خلاف بين العلماء، ولهم فيها قولان:

القول الأول: أنه إذا كان المسلم فيه عيناً لم يـصح العقـد وهـو قـول الجمهور من الحنفية ،والمالكية، والأظهر عند الشافعية، وهو رأي الحنابلة.[2]

القول الثاني: أنه إذا كان المسلم فيه عيناً فيبطل كونه سلماً، ويتحول إلى عقد بيع ويصح، وذلك تبعاً للمعنى لا للفظ، وهو قول للشافعية.[3]

ولعل الأرجح والله اعلم أنه ينعقد بيعاً نظراً للمعنى الذي قصده المتعاقدان فالمعنى معنى البيع لتوافر شروطه وأركانه، والعبرة في العقـود للمعـاني لا

([1]) انظر: الإقناع (٢/ ١٣٣)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠١).

([2]) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٢)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٠) ، روضة الطالبين (٤/ ٦) ، المغني (٤/ ٣١٠).

([3]) انظر: روضة الطالبين (٤/ ٦)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٤).

للألفاظ وتصحيح العقود أولى من إبطالها، وفيه توسعة للمسلمين وإمضاء لمعاملاتهم[1]،وبهذا الترجيح نرى كيف تمت عملية التحول بعد أن توفرت شروطه، حيث توفر الشرط الأول وهو بطلان العقد الأصلي وهو هنا عقد السلم لاختلال شرط من شروطه ، ثم توفر الشرط الثاني وهو اشتمال العقد الأصلي على عناصر عقد صحيح آخر حيث اشتمل عقد السلم على عناصر عقد البيع الصحيح،أما الشرط الثالث وهو إتجاه إرادة المتعاقدين إلى العقد الصحيح فلا مجال لاشتراطه في الفقه الإسلامي لأن آثار العقود تكون من الشارع لا من العاقد.

المسألة الثانية: تحول عقد البيع إلى عقد سلم

إذا قال: بعتك خمسة عشر وسقاً[2] من البر بعد سنة بألف ريال حالّة هل يتحول البيع إلى سلم ؟ اختلف العلماء في هذه الصورة [3] ولعل الأرجح أن العقد يتحول إلى عقد سلم فإذا قال المسلم إليه: بعت منك كذا وذكر شرائط السلم فقال رب السلم: قبلت، انعقد سلماً، فتحول من بيع إلى سلم وذلك لأن السلم بيع فينعقد بلفظ البيع [4]، ولأن إطلاق البيع على السلم إطلاق له على ما يتناوله وقد جاء مستوفياً لشروطه وهو نوع من البيع والعبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ.[5]

([1]) انظر: تحول العقد وأثره – للحفظي (١/ ٢٨٢).

(2) الوسق : يعادل ستون صاعاً، انظر:القاموس المحيط (٨٣٥)، المصباح المنير(٣٤٠).

(3)انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٠١) ، المحلى لابن حزم (٩/ ١٠٥)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٤).

(4) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٠١).

(5) انظر: تحول العقد وأثره للحفظي (١/ ٢٨٥).

المطلب الثاني

تحول عقد الهبة إلى عقد بيع والعكس

المسألة الأولى: تحول عقد الهبة إلى عقد بيع:

إذا شرط في الهبة العوض مثل أن يقول: وهبتك هذه السيارة على أن تعوضني هذا المنزل، فهنا هل يصح العقد ويتحول من عقد هبة إلى عقد بيع أم أن العقد يبطل ؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور العلماء من الحنفية، والمالكية،وقول للشافعية،ورأي للحنابلة، إلى أن الهبة إذا كانت بشرط العوض وكان العوض معلوماً فإن العقد يصح ويتحول من عقد هبة إلى عقد بيع وذلك لأن الهبة بشرط معاوضة بمال فصح كما لو قال: بعتك والعبرة في العقود للمعاني لاللألفاظ والمباني.[1]

القول الثاني : أن عقد الهبة يبطل إذا شرط فيه العوض وهو قول للشافعية،ورأي ابن حزم.[2]

ولعل الأرجح والله اعلم هو القول بأن عقد الهبة يصح ويتحول إلى عقد بيع وتطبق عليه أحكام البيوع وذلك لأن العبرة في العقود بالمعاني لا الألفاظ

([1]) انظر: تبين الحقائق (٥/ ١٠٢)، حاشية الدسوقي (٤/ ١٨٠)، المهذب (١/ ٤٤٧، ٤٤٨)، الكافي (٢/ ٤٦٨).

(2) انظر: المهذب (١/ ٤٤٧، ٤٤٨)، المحلى (٩/ ١١١).

والمباني ، ولأن فيه تيسير وتسهيل للمسلمين في معاملاتهم، والشريعة داعية إلى ذلك دائماً.

المسألة الثانية: تحول عقد البيع إلى عقد هبة:

لو قال شخص لأخر بعتك هذه السيارة مجاناً أو بلا ثمن وقال الآخر اشتريت وقبض المبيع، هل يصح العقد ويتحول إلى هبة؟

اختلف العلماء في ذلك [1] ولعل الأرجح والله أعلم أن العقد يصح ويتحول إلى هبة، وذلك لأن العبرة بالمعنى لا اللفظ ولأن تمليك العين في الحال غير عوض هو تفسير الهبة.

([1]) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٠٨)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١١٢).

المطلب الثالث

تحول عقد المضاربة إلى عقد قرض

إذا قال في عقد المضاربة رب المال للعامل خذ المال والربح كله لـك وشرط عليه ذلك هل يتحول عقد المضاربة إلى عقد قرض ؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

القول الأول: أنه لو شرط رب المال للمضارب كل الربح كـان المـال قرضاً فيتحول عقد المضاربة إلى عقد قرض وهو قول للحنفية ، والمالكية.[1]

القول الثـاني: أنه إذا شرط رب المال في المضاربة أن الـربح كلـه للعامل فهو عقد مضاربة فاسد وهو قول للشافعية ، ورأي الحنابلة.[2]

القول الثالث: أنه إذا شرط الربح كله للعامل كان عقد مضاربة صحيح وهو قول للإمام مالك ، وهو قول للشافعية.[3]

([1]) انظر: الأسباب والنظائر لابن نجيم (٢٠٨)، حاشية الدسوقي (٣/ ٥٢٣).

(2) انظر: مغني المحتاج (٢/ ٣١٢)، الإقناع (٢/ ٢٦٠).

(3) انظر: المغني (٥/ ٣٥)، مغني المحتاج (٢/ ٣١٢).

ولعل الأرجح أن العقد يتحول من عقد مضاربة إلى عقد قرض، وذلـك لأن كل ربح لا يملك إلا بملك رأس المال فلما شرط له جميع الربح فقد ملكه رأس المال، ثم إذا قال له: مضاربة كأنه شرط عليه رد رأس المـال فيكـون ذلك قرضاً[1]، ولأن العقد يقع عقد قرض مستوف لشروطه وأركانه، وتصحيح العقود أولى من إبطالها.

(1) انظر: المبسوط (٢٢- ٢٤).

المطلب الرابع

تحول عقد الاستصناع إلى عقد سلم

لو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع كالثياب ونحوها، فإن العقد يتحول إلى عقد سلم، لأنه لا تعامل في الثياب وقد جوز الاستصناع استحساناً لتعامل الناس ولا تعامل في الثياب، ولأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح.[1]

([1]) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣)، تبين الحقائق (٤/ ١٢٤).

المطلب الخامس

تحول عقد الإيجار المنتهي بالتمليك إلى عقد بيع

في الحقيقة أن عقد الإيجار المنتهي بالتملك من العقود المعاصرة وتحول عقد الإيجار المنتهي بالتمليك إلى عقد بيع يعد تطبيقاً حياً معاصـراً لعمليـة تحول العقد.

والصورة المشهورة لعقد الإجار المنتهـي بالتمليـك أن يـستلم أحـد المتعاقدين عينا لاخر ينتفع بها بعوض على أقساط يتملكها بنهاية سداد الأقساط ، فإذا عجز عن سداد بعض الأقساط استحق المالك الأول الأقـساط الـسابقة ويحق له استرجاع العين المعقود عليها .١

وقد ذهب بعض المعاصرين إلى أن هذا العقد بهذه الصورة عقد إ يجار ساتراً لعقد بيع وعقد رهن وتعتبر الأجرة ثمنا للمبيع يدفع على أقساط محددة ويترتب على هذا انتقال ملكية الشيء من المؤجر "البـائع" إلـى المـستأجر "المشتري" بمجرد العقد، لأن حكم العقد ثبت بجعل الـشارع ولادخـل لإرادة العاقدين في تعديله ،فالعبرة في العقود للمعاني لا للإلفاظ والمباني فإذا كشفت نية المتعاقدين عن بيع بالتقسيط عد العقد بيعا ولو سماه المتعاقدان إجارة .٢

([1]) عقد الإجار المنتهي بالتمليك – سعد الشثري (١٥).

([2]) انظر: الإجار المنتهي بالتمليك – الألفي (٧) ، الإجارة المنتهية بالتمليك – الحافي (٩٩-١٠٦، ٢٨٠-٢٨٢).

والرأي الذي استقر عليه هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في هذا الموضوع أنه عقد الإيجار المنتهي بالتمليك عقد غير جائز شرعا .[1]

وبناء على الرأي الأول فإن عقد الإيجار المنتهي بالتمليك يتحول إلـى عقد بيع بالتقسيط.

([1]) قرار (١٩٨) وتاريخ ١٤٢٠/١١/٦هـ .

المبحث الثاني

تطبيقات على تحول العقد في النظام السعودي

ويشتمل على المطلبين التاليين:

المطلب الأول:تطبيقات على تحول العقد في نظام الأوراق التجارية.

المطلب الثاني : تطبيقات على تحول العقـد في نظام الشركات .

المبحث الثاني

تطبيقات على تحول العقد في النظام السعودي

تمهيد:

إن التطبيقات النظامية على تحول العقد من خلال النظام السعودي ليست قليلة بل هي كثيرة ولكنها قلت بسبب أن الشريعة الإسلامية هي النظام الحاكم لهذه البلاد كما سبق وأن ذكرنا، لذلك تجد أن أكثر التطبيقات على تحول العقد التي تعد في كثير من البلاد العربية تطبيقات نظامية وبخاصة فيما يسمى بالأحوال الشخصية أو الحقوق المدنية يقابلها في المملكة العربية السعودية تطبيقات فقهية مردها إلى الكتاب والسنة، وذلك بسبب أن كثيراً من البلاد العربية استبدلت الأنظمة الوضعية بالشريعة الإسلامية.

وإذا أردنا أن نورد بعض التطبيقات على تحول العقود المالية في النظام السعودي نجد ذلك واضحاً في القانون التجاري وبخاصة في نظام الأوراق التجارية وفي نظام الشركات وسوف نقتصر على هذين النظامين لكثرة ما فيهما من تطبيقات ولوضوحهما وصراحتهماالحيانا، وبالتالي سوف يكون هذا المبحث في مطلبين .

المطلب الأول

التطبيقات على تحول العقد في نظام الأوراق التجارية

الأوراق التجارية مليئة بالتطبيقات على تحول العقد، فنجد ذلك في جميع أنواع الأوراق التجارية التي ذكرها النظام السعودي سواء في الكمبيالة أو في السند لأمر أو في الشيك، إلا أن المنظم لم يشأ أن يدخل هذه التطبيقـات بـل ترك الأمر لحكم القواعد العامة في هذا الخصوص.

أولاً: تحول الكمبيالة:

حددت المادة الأولى من نظـام الأوراق التجاريـة البيانـات الإلزاميـة للكمبيالة، حيث نصت على ما يلي " تشتمل الكمبيالة على البيانات الآتية:

أ) كلمة " كمبيالة " مكتوبة في متن الصك وباللغة التي كتب بها.

ب) أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود.

ج)اسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه).

د) ميعاد الاستحقاق.

ه) مكان الوفاء.

و) اسم من يجب الوفاء له أو لأمره.

ز)تاريخ ومكان إنشاء الكمبيالة.

ح)توقيع من أنشاء الكمبيالة (الساحب). "

في حين بينت المادة الثانية الجزاء المترتب على تخلف البيانات المذكورة في المادة الأولى وهو عدم اعتبار الصك الخالي منها كمبيالة إلا في الأحوال المنصوص عليها.

وبالنظر إلى هاتين المادتين، نجد أن النظام السعودي قد اكتفى بتقرير البيانات الإلزامية في المادة الأولى، واعتبار الكمبيالة التي تخلو من هذه البيانات الإلزامية ليست كمبيالة، فيما عدا الحالات المستثناة في مادته الثانية.

وبطلان الكمبيالة المعيبة لا يترتب عليه تجريدها من كل أثر قانوني بل قد تكون صحيحة كتصرف قانوني آخر، وذلك في حالات منها :

أ- تحول الكمبيالة الباطلة إلى سند عادي:

تعتبر الكمبيالة الباطلة لنقص بعض البيانات الإلزامية صحيحة كسند عادي في حالات منها:

١. **عدم ذكر لفظ الكمبيالة:** إذا لم يذكر لفظ كمبيالة، فإنها تبطل ككمبيالة وتعتبر مجرد مثبت لدين عادي تسري في شأنه القواعد العامة، لأن كلمة كمبيالة يتطلبها النظام لصحة الصك كورقة تجارية، وكبديل لشرط الأمر الذي يترتب عليه إمكان تداول الكمبيالة بالطرق التجارية.

٢. **تاريخ إنشاء الكمبيالة:** ينص النظام في مادته الأولى على ضرورة أن تتضمن الكمبيالة بيان تاريخ إنشاء الكمبيالة كبيان لازم لصحتها كورقة تجارية، وعلى ذلك إذا خلا الصك من بيان تاريخ الإنشاء بطل ككمبيالة وأصبح مجرد سند عادي يخضع للقواعد العامة و ليس لنظام الأوراق التجارية.

٣. **بيان الأمر بالدفع**: إذا خلا الصك من بيان الأمر بالـدفع لـم يعتبـر كمبيالة تطبق عليها أحكام الأوراق التجارية بل اعتبر سنداً عادياً تطبق عليه أحكام القواعد العامة.

٤. **قد يصبح الصك سنداً عادياً**: إذا كان موضوعه شـيئاً آخـر غيـر النقود، أو لم تكن بيانات الكمبيالة على درجة كافية من الوضـوح أو التحديد، أو استند إلى وقائع خارجة عن الكمبيالة بحيث يفتقـد لـصفة الكمبيالة وتسري في حقه القواعد العامة دون الخضوع لنظام الأوراق التجارية.

ب- تحول الكمبيالة الباطلة إلى سند لأمر :

اشترطت المادة الأولى في الفقرة (ج) أن يذكر اسم من يلزمه الوفـاء (المسحوب عليه)، لذلك يجب ذكر اسم المسحوب عليه في الكمبيالة سـواء أكان هو نفس الساحب أم غيره كما نصت على ذلك المادة الثالثـة بقولهـا :" يجوز سحب الكمبيالة لأمر الساحب نفسه، ويجوز سحبها على ساحبها ويجوز سحبها لحساب شخص آخر ".

ولكن إذا تخلف اسم المسحوب عليه في الصك فإنه يفقد صفته ككمبيالـة صحيحة، ولكن يمكن أن تتحول إلى سند أمر يخضع لنظام الأوراق التجارية إذا تضمن الصك بيان شرط الأمر أو عبارة " سند لأمر " مع تـوافر كافـة البيانات اللازمة لصحة السند لأمر.[1]

([1]) أنظر في ذلك كله: الأوراق التجارية في النظام السعودي – زينب السيد سلامة (٥٦، ٥٧).

ثانياً: تحول السند لأمر:

حددت المـادة (٨٧) البيانـات التي يلزم توفرها في السند لأمر عنـد تحريره بقولهـا " يشتمل السند لأمر على البيانات الآتية :

أ) شرط الأمر أو عبارة (سند لأمر) مكتوبة في متن السند باللغة التـي كتب بها.

ب) تعهد غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود.

ج)ميعاد الاستحقاق.

د) مكان الوفاء.

ه) اسم من يجب الوفاء له أو لأمره.

و) تاريخ إنشاء السند ومكان إنشائه.

ز) توقيع من أنشاء السند (المحرر). "

ثم بينت المادة (٨٨) جزاء تخلف أحد البيانات المـذكورة فـي المـادة السابقة وهو عدم اعتبار المحرر سنداً لأمر إلا في أحوال.

وفي الحقيقة أن عدم اعتبار الصك سند لأمر لا ينفي بطلانه مطلقاً بل قد يتحول إلى تصرف قانوني آخر متى اسـتوفى الـصك عناصـر التـصرف الأخير، ومن الأمثلة على ذلك تحول السند لأمر إلى سند ديـن عـادي فـي أحوال منها:

أ- الخلو من تاريخ الإنشاء:

طبقاً لما تقضي به المادتان (٨٧) و(٨٨) من النظام فإن بيـان تـاريخ الإنشاء من البيانات الأساسية للسند لأمر، ومن ثم فإنه يترتب على خلو السند من هذا البيان عدم اعتباره سنداً لأمر بل يصبح مجرد سند دين عادي.

ب- الخلو من شرط الأمر أو عبارة (سند لأمر):

خلو السند لأمر من شرط الأمر أو عبارة (سند لأمر) من شأنه أن ينفي عنه صفة السند لأمر، ويصبح مجرد سند دين عادي وذلك لأن شرط الأمر أو عبارة (سند لأمر) من البيانات الأساسية التي يجب توفرها في السند لأمـر حتى يخضع لنظام الأوراق التجارية.[1]

ثالثاً: تحول الشيك:

اشترطت المادة (٩١) اشتمال الشيك على بيانات محددة بقولها :

" يشتمل الشيك على البيانات الآتية:

أ) كلمة (شيك) مكتوبة في متن الصك باللغة التي كتب بها.

ب) أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود.

ج)اسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه).

د) مكان الوفاء.

ه) تاريخ ومكان إنشاء الشيك.

و) توقيع من أنشاء الشيك (الساحب) ".

([1]) انظر في ذلك: الأوراق التجارية في النظام السعودي – زينب السيد سلامة (٢٤٨، ٢٢٩).

ثم بينت المادة (٩٢) الجزاء المترتب على خلو الشيك من أحد البيانـات المذكورة في المادة السابقة، وذلك عدم اعتباره شيكاً إلا في أحوال.

والشيك الناقص أو المعيب قد لا يتجرد من كل أثر قانوني، بل قد يعتبر سنداً لأمر وقد يعتبر سند دين عادي وذلك في أحوال منها:

أ) تحول الشيك إلى سند لأمر:

من البيانات الواجب توفرها في الشيك تضمنه لاسم المسحوب عليه ولكن إذا خلا الشيك من ذكر اسم المسحوب عليه فإنه قد يتحول إلى سـند لأمـر بشرط أن يتضمن شرط الأمر أي أن يكون صادراً لأمر المستفيد، وبالتـالي تطبق عليه نظام الأوراق التجارية باعتباره سنداً لأمر لا باعتباره شيكاً، وفي الحقيقة أن هذا المثال يصعب وجوده عملياً في الواقع المعاصر في ظل القيود التي تفرضها البنوك على عملائها أو تفرضها مؤسسة النقد لعـدم قبـول أي شيك إلا وفقاً للنماذج التي يصدرها البنك لعميله، وهـذا النمـوذج متـضمن بالضرورة اسم البنك المسحوب عليه، وبالتالي يتعذر وجود تطبيـق قـضائياً لهذا المثال.

ب) تحول الشيك إلى سند دين عادي:

يمكن أن يتحول الشيك إلى سند دين عادي يخضع للقواعد العامة لا لنظام الأوراق التجارية وذلك في أحوال منها:

١- خلو الصك من كلمة (شيك):

الفقرة (أ) من المادة (٩١) تشترط كتابة كلمة (شيك) في متن الـصك باللغة التي كتب بها، وتعتبر هذه الكلمة من البيانات الأساسية في الصك،

وخلو الصك من هذه الكلمة يؤدي إلى عدم اعتباره شيكاً خاضعاً لنظـام الأوراق التجارية، بل يعتبر سند دين عادي يخضع للقواعد العامة.

٢- خلو الصك من تاريخ الإنشاء:

ذكر تاريخ ومكان الإنشاء من البيانات الأساسية التي يجـب أن يـشتمل عليها الشيك وذلك بنص الفقرة (هـ) من المادة (٩١)، وبالتالي خلوه من هذا البيان يؤدي إلى عدم اعتباره شيكاً بل يتحول إلى سـند عـادي تطبق في حقه القواعد العامة.[١]

([1]) انظر في ذلك: الأوراق التجارية في النظام السعودي – زينب السيد سلامة (٢٧٩، ٢٨٠).

المطلب الثاني

التطبيقات على تحول العقد في نظام الشركات

نظام الشركات لا يخلو من التطبيقات على تحول العقد، وتجدها مبثوثـة في أغلب أنواع الشركات التي حصرها النظام، إلا أن الوضوح والصراحة قد تنقصها أحياناً وإن كان ذلك لا يقلل من أهميتها عن غيرها لذلك سنورد بعض النماذج من هذ ه التطبيقات في هذا المطلب على النحو التالي:

أولاً: تحول شركة التوصية البسيطة إلى شركة تضامنية:

حددت المواد من (٣٦) وحتى (٣٩) من نظام الـشركات الـشروط والضوابط التي ينبغي أن يلتزم بها الشركاء في شركة التوصية البسيطة حتى يتم تطبيق نظام هذه الشركة على أفرادها، وبينت هذه المواد أنه فـي حالـة اختلال بعض هذه الشروط قد يعامل المخل بها معاملة أخرى ويطبـق عليـه نظام غير النظام الذي كان خاضعاً له، ويمكن أن يبين ذلك من أمور:

١- جاء في المادة (٣٧): " ويتكون اسم شركة التوصية البسيطة من اسم واحد أو أكثر من الشركاء المتضامنين مقروناً بما ينبئ عن وجود شركة، فلا يجوز أن يتكون من اسم أحد الشركاء الموصين فإذا اشتمل اسم الشركة على اسم شريك موص مع علمه بذلك اعتبر في مواجهة الغير شريكاً متضامناً ".

ومن هذه المادة يتبين لنا أن الشريك الموصي إذا خالف واشتمل اسـم الشركة على اسمه مع علمه بذلك ودون اعتراضه، فإنه ينقلـب إلـى

شريك متضامن مسئولاً عن ديون الشركة في جميع أمواله بعد أن كان مسئولاً عنها بقدر حصته وذلك في مواجهة الغير، وإذا فرضنا أنه هو الشريك الموصي الوحيد في الشركة فإن الشركة والحالة هذه تنقلب إلى شركة تضامن.

٢- الشريك الموصي لا يجوز له التدخل في أعمال الإدارة الخارجية ولو بناء على توكيل، وإنما يجوز له الاشتراك في أعمال الإدارة الداخلية وفي الحدود التي ينص عليها عقد الشركة، وبالتالي إذا خالف الشريك الحظر المشار إليه كان مسئولاً بالتضامن في جميع أمواله عن الديون التي تترتب على ما أجراه من أعمال الإدارة هذا ما نص عليه صدر المادة (٣٨) من نظام الشركات، ومنها يتبين أن الشريك يمكن أن ينقلب إلى متضامن متى ما خالف هذا النص ويكون مسئولاً بها عن الديون التي تترتب على ما أجراه من أعمال الإدارة في جميع أمواله، ولو فرضنا أنه الشريك الموصي الوحيد في الشركة تنقلب إلى تضامنية في مواجهة تلك الديون التي تترتب على التدخل في أعمال الإدارة الخارجية من قبل الشريك الموصي.

٣- إذا كان الشريك الموصي يمارس أعمالاً من شأنها أن تدعوا الغير إلى الاعتقاد بأنه شريك متضامن اعتبر الشريك الموصي مسئولاً بالتضامن في جميع أمواله عن ديون الشركة وذلك بنص عجز المادة (٣٨) ولو فرضنا أنه الوحيد فإن الشركة تنقلب من شركة توصية بسيطة إلى شركة تضامنية وذلك على اعتبار أن جميع الشركاء مسئولين في جميع أموالهم عن ديون الشركة.

ثانياً: تحول شركة المحاصة إلى شركة تضامن:

جاء في المادة (٤٦) من نظام الشركات ما يلي: " ... وإذا صدر من الشركاء عمل يكشف عن وجود الشركة جاز اعتبارها بالنسبة إليه شركة تضامن واقعية " وبالتالي إذا قام أحد الشركاء بشهر الشركاء أو باتخاذ عنوان لها فإنها تتحول إلى شركة تضامن ويكون جميع الشركاء مسئولين في جميع أموالهم عن ديون الشركة.

ثالثاً: تحول شركة التوصية بالأسهم إلى شركة تضامنية:

الأحكام التي تطبق على الشركاء الموصين في شركة التوصية البسيطة تطبق كذلك على الشركاء المساهمين في شركة التوصية بالأسهم وذلك بنص المادة (١٠٤) وبالتالي فإن شركة التوصية بالأسهم تنقلب في حق الشريك المساهم الذي ظهر اسمه في اسم الشركة مع علمه ودون اعتراضه إلى شركة تضامن ويكون مسئولاً عن ديون الشركة في جميع أمواله.

وأيضاً إذا مارس الشريك المساهم أعمالاً من شأنها أن تدعوا إلى الاعتقاد بأنه شريك متضامن اعتبر متضامناً وأصبح مسئولاً عن ديون الشركة في جميع أمواله.

وكذلك الحال بالنسبة له إذا تدخل في أعمال الإدارة الخارجية ولو بناء على توكيل فإنه يكون شريكاً متضامناً مسئولاً عن الديون التي تترتب على تلك الأعمال في جميع أمواله.

رابعاً: تحول شركة ذات المسؤولية المحدودة إلى شركة تضامنية:

تنص المادة (١٨٠) [1] بأنه : " إذا بلغت خسائر الشركة ذات المسئولية المحدودة ثلاثة أرباع رأس مالها وجب على المديرين دعوة الشركاء للاجتماع خلال مدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً... وإذا استمرت الشركة في مزاولة نشاطها دون صدور قرار باستمرارها بالشرط المتقدم أو حلها، أصبح الشركاء مسئولين بالتضامن عن سداد جميع ديون الشركة ...".

ومن هذه المادة يتبين لنا أن الشركة ذات المسئولية المحدودة تتحول إلى شركة تضامنية وذلك لأن الشركاء أصبحوا مسئولين بالتضامن عن ديون الشركة في جميع أحوالهم.

هذه النماذج والتطبيقات على تحول العقد المالي من خلال نظام الشركات السعودي أوردت على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر، وذلك خشية الإطالة وبغية الاختصار، وقبل أن أختم هذا المطلب أود التنبيه إلى أن نظام الشركات السعودي أورد في الباب العاشر فصلاً خاصاً بتحول الشركات، وهذا الفصل بدراستي له وإطلاعي عليه أرى أنه مجرد تطابق أسماء لما نذكره في هذا البحث، وذلك لأننا ذكرنا مسبقاً أن تحول العقد يستلزم شروطاً منها بطلان العقد الأصلي وهذا ما لا يتفق معه الفصل الأول من الباب العاشر من نظام الشركات، وبالتالي لا يدخل في هذا البحث وإن كان يشتمل في مضمونه على تحول عقد الشركة من عقد إلى آخر.

---

(1) عدلت المادة (١٨٠) من نظام الشركات بالمرسوم الملكي رقم: م/ ٢٢ في ٣٠/ ٧/ ١٤١٢هـ.

المبحث الثالث

التطبيقات القضائية على تحول العقد

ويشتمل على المطلبين التاليين:

المطلب الأول:التطبيقـات القـضائية المتعلقـة بالجانب الفقهي .

المطلب الثاني : التطبيقات القـضائية المتعلقـة بالجانب النظامي .

المطلب الأول

التطبيقات القضائية المتعلقة بالجانب الفقهي

القضية الأولى [1]

تحول عقد إيجار منتهي بالتمليك إلى عقد بيع

الوقائع:

تتلخص وقائع هذه القضية أن شركة تقسيط تدعي علـى "زيـد" بأنـه استأجر سيارة -عقد إيجار منتهي بالتمليك- وذلك لمدة (٣٦) شهراً للاستخدام الشخصي، بأجرة شهرية قدرها (٣٩٩٩) ريال. وقد سلم أجرة (٣٦) شـهراً بمبلغ وقدره (١٤٣٩٦٤) ريال، إضافة إلى (١٥٠٠٠) ريال دفعة أولى. وكان المفترض أن يسلم السيارة بنهاية العقد، لكنه استمر في استخدامها حتـى تـم سحبها من قبل الشركة، فقد بقيت السيارة لديه مدة (٣٠) شهراً. أطلب الحكـم عليه بتسليم أجرة الثلاثين شهراً بواقع (٣٩٩٩) ريالاً عن كل شهر .

وبسؤال المدعي عليه، أجاب بالمصادقة على ما ذكره المدعي إلا أنـه قال :" لا أوافق بتسليم ما يطالب به المدعي لأنني قد سـددت كامـل القيمـة المتفق عليها وأصبحت السيارة ملكاً لي، إلا أنني لم أمكن من الاستفادة منهـا

([1]) صادرة من المحكمة الكبرى بالرياض عدد ٣٠٩ صحيفة ٩٠ جلد ١٩/٣٢ وأعيدت دراستها بتاريخ ١٠/٢٨ /١٤٢٣هـ .

لسحبها من الشركة. وأنه بعد نهاية عقد الإيجار وافقت الشركة علـى بيعـي السيارة مقابل (٨٧٤٢٠) ريالاً وصل منها دفعة أولى (١٥٠٠٠) ريالاً، وكنت مستعداً لتسليم المبلغ ولكن الشركة قامت بسحبها مني قبل ذلك".

ثم أجاب المدعي :"بأنه قد تم بيع الـسيارة بقيمـة (٥١٣٥٠) ريـالاً". وبسؤال المدعي هل كان المدعى عليه مواظباً على تـسديد الأقـساط؟ قـال :"نعم". وبسؤال المدعى عليه عن السيارة محل الدعوة؟ قـال : "إن الـشركة قامت ببيعها، ولا أرغب في المطالبة بها".

الحكم ومسبباته:

بالإطلاع على العقد الموقع بين الشركة والمدعى عليه، وجد أنه قد نص في المادة السابعة منه :"إذا رغب العميل في نهاية مدة العقد شـراء الـسيارة موضوع العقد، تلتزم الشركة ببيع هذه السيارة بمبلغ وقدره (٨٧٤٢٠) ريالاً، وأن يكون قد قام بسداد كافة التزاماته في مواعيدها المحددة حسب ما تـنص عليه الشروط الخاصة بالتملك والتي اطلع عليها المستأجر". وبما أن الـسيارة قد تصرفت فيها الشركة بالبيع والمدعى عليه لا يطالب بها، فقد نصت المادة المذكورة على التزام الشركة ببيعها بالقيمة المذكورة. وذكر المدعى عليـه أن الشركة قد وافقت على البيع، ولكن لم يسدد القيمة وهذه رغبة منه في الشراء، لذا فقد حكمت بثبوت البيع بعد تسديد الأقساط بالقيمـة المـذكورة. وبمـا أن المدعى عليه لا يطالب بالسيارة المذكورة، فتكون القيمة التـي باعـت بهـا

الشركة جزء من القيمة المنصوص عليها، والباقي وقـدره (٣٦٠٧٠) ريـالاً ألزمت المدعى عليه بتسليمها للمدعي.

ما يؤخذ من القضية

القاضي في هذه القضية حكم ببطلان العقد الأصلي وهو عقد الإجـار المنتهي بالتمليك وذلك لكونه غير جائز شرعا ولما كان هذا العقد الباطـل متضمن لعقد بيع صحيح حكم بأنه عقد بيع، هذا مافهمته منه حين مناقشتي له حول هذه القضية .

وبالنظر إلى هذه القضية ايضا نجد أنها مثال واضح على عملية تحـول العقد حيث حوت في مضمونها شروط التحول التى تكلمنا عنها وهي بطـلان العقد الأصلي بطلانا كليا واشتماله في نفس الوقت على عناصر عقـد آخـر صحيح ونجد ايضا أن القاضي قد سار على المبدأ الذى قررنـاه فـي الفقـه الإسلامي وهو إهمال إرادة المتعاقدين في إعمال تحول العقد، وأن آثار العقود وأحكامها مردها إلى الشارع لا إلى العاقد.

القضية الثانية [1]

تحول عقد البيع إلى عقد رهن

الوقائع :

تتلخص وقائع الدعوى بادعاء المدعي شراءه خمس سيارات - وصفها- من مالكها المدعو (زيد)، وأنها الآن في يد المدعى عليـه، ويطلـب تكليفـه بتسليمها.

وأجاب المدعى عليه بما حاصله: أن السيارات في يده؟ لأنها كانت في الأصل مملوكة له، وباعها مع سيارات أخرى على المدعو (زيد) بثمن مؤجل، وعاد واشترى المدعى عليه السيارات من (زيد) بثمن حال أقل من ثمنها الذي باعها به، وكانت قيمتها استقطاعاً من الدين، وكـان شـراء المـدعى عليـه للسيارات قبل شراء المدعي وطلب رد دعوى المدعي.

الحكم ومسبباته:

قدحكم القاضي في هذه الواقعة بحكم بين فيه أسبابه، جاء فيه: إنه بنـاء على ما دفع به المدعي من أن العقود التي قدمها المدعى عليه قبل شرائه هي عقود صورية،وأن الغرض منها ضمان حقوقهم عند الزبون إذا لم يسدد فهـو يقول: "إن العقود المذكورة صورية، الغرض منها حفظ حقوقهم فقط – حتـى قال – وقد كانت الشركة موكلة المدعى عليه تطلب من الزبائن الذين يشترون السيارات بالتقسيط التوقيع على مبايعة من الزبون لهم، ويبقى تاريخها فارغاً

([1]) توصيف الأقضية – ابن خنين (٣ / ١٢٥)

يكتب عند الاقتضاء، ويعملون ذلك ضماناً لحقوقهم في مواجهة الإدارة العامة للشركة".اهـ. كما قال المدعي في جلسة أخرى- عن عقود شراء المـدعى عليه للسيارات - :"إن كتابة العقود الصورية التي ذكرتها سابقاً مـن قبـل الشركة- أي المدعى عليها- لأجل ضمان حق الفرع عند الزبـون إذا لـم يسدد، كما كان يستخدم في مواجهة الإدارة المركزية للشركة، وقد وقع على هذه المبايعات (زيد) عند شرائه للسيارات من المدعى عليه قبل بيعها علي".

وهذه الأقوال من المدعي يستنبط منها أن عقود المدعى عليـه علـى شـراء السيارات من البائع (زيد) كتبت ووقعت عند شراء (زيـد) للـسيارات مـن المدعى عليه، وأنهم فعلوا ذلك لا قصداً لشراء السيارات، وإنما ضماناً لحقهم في استيفاء ثمن المبيع، ويدل شراء المدعى عليه للسيارات فور بيعها على أن عقود الشراء صورية لأجل ضمان حقهم في ثمن المبيع وهذه حقيقة الـرهن؛ لأن استيثاق العين في ثمن المبيع رهن في الحقيقة لا بيع؛ ذلك بـأن العبـرة للمعاني لا للألفاظ والمباني، كما هو مقرر عند الفقهاء، قال ابـن القـيم (ت: ٧٥١ هـ):" الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها، دون ظـواهر ألفاظها وأفعالها" [الإعلام ٣ / ٩٥]، فمن رهن سلعة بلفظ البيع فهو رهن لا بيع، ومن وهب سلعة لآخر بعوض فهو بيع لا هبة يتقرر له جميع أحكام البيع من رد بعيب وأخذبشفعة وغيرها، وإذا كان ذلك رهناً للوجه الـذي فـصلته، فيكون بيع (زيد) للسيارات على المدعي بيع مرهون، وهو باطل لا يصح، ولا يعارض هذا ما قرره المدعى عليه من أنه اشترى السيارات بعد بيعها بـثمن حال أقل من ثمنها الذي باعها به؛ لأن حقيقة هذا العقد رهن لا بيع، ولم يثبت

ما يعارضه بدعوى في مواجهة المدعو (زيد)، والأحكـام تتجـزأ بـاختلاف أسبابها [القواعد والأصول الجامعة لابن سعدي ص ٥ ٧]، أليس من ادعى خلع زوجته على عوض وأنكرته يثبت الطلاق بإقراره ولا يثبت لـه العـوض إلاّ ببينتة؟ لذلك كله فقد صرفت النظر عن دعوى المـدعي، وأفهمتـه بأنـه لا يستحق تسليم السيارات الموصوفة في الدعوى له، وبذلك قضيت.

ما يؤخذ من القضية :

نلحظ من هذه القضية أن القاضي ظهر له أن العقود ليست عقـود بيـع مقصود بها الشراء وإنما هي عقود صورية مقصود بها الـضمان والغـرض منها حفظ الحقوق فقط وبالتالي حكم بتحول هذه العقود من عقود بيـع إلـى عقودرهن و ضمان لأن العبرة في العقود بالمعـاني لا بالألفـاظ والمبـاني وبالتالي صرف النظر عن دعوى المدعي وهذه هي حقيقة التحول الذي تكلمنا عنه.

القضية الثالثة[1]

تحول عقد الإجارة إلى عقد جعالة

الوقائع:

حاصل وقائع هذه الدعوى أن رجلاً قام ضد آخر مدعياً أنه جعل إليه بيع بيته، وأنه أثناء المناداة عليه حال بينه وبين إتمام العمل من إكمال المناداة، وعقد البيع بنفسه مع مشتر من المشترين، ويطلب المدعي إلزام المدعى عليه بتسليم أجرته على التوسط في البيع والمناداة على المبيع.

وقد أجاب المدعى عليه بما حاصله: رفضه تسليم الأجرة؛ لأنه قد تولى العقد بنفسه قبل إكمال المدعي المناداة على البيت وتمام التوسط في بيعه.

الحكم ومسبباته:

لقد انتهى القاضي في تقرير حكمه لهذه القضية بإلزام المدعى عليه بتسليم الأجرة المدعى بها للمدعي موصفاً العمل الذي قام به المدعي بأنه من قبيل الإجارة، والإجارة عقد لازم يستحق المستأجر الأجرة كاملة؛ لأنها لا تنفسخ بفسخ أحد الطرفين من دون رضا الطرف الآخر، وذكر القاضي مستنده في ذلك مما قرره أهل العلم.

([1]) توصيف الأقضية – ابن خنين – (٧٣/٣).

التدقيق الوارد على الحكم:

الحكم المذكور درس من قبل محكمة التمييز فنقضته، وقد درس هـذا الحكم- أيضاً- من قبل رئيس القضاة سابقاً بالمملكة العربية السعودية الـشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ (ت: ١٣٨٩ هـ) فأكد الـنقض بقولـه: "جـرى الاطلاع على الحكم الصادر من... وعلى ما ظهر به من النقض من قبـل... فظهر لنا أن هذه الدعوى من باب الجعالة كما هو قول شـيخ الإسـلام ابـن تيمية، وكما صرح بذلك الأصحاب؛ قال في المغني [٥/ ٤٩٤] ما ملخـصه: إذا استأجر إنسان كحالاً يكحله بشرط البرء، فحال المستأجر بين الأجير وبين إكمال العمل فهذه جعالة، وللأجير أجرة عمله، والعبارات التي نقل قاضـي- يعني مصدر الحكم-... ليست نصاً في أنها إجارة ولا يستقيم الحكـم عليهـا بأنها إجارة؛ لفقد شرطها، وهو العلم بقدر العمل، وأكثر ها في العبارات التي نقلت جواز دفع الثوب ونحوه إلى الدلال من غير تعيين أجرة نظيـر دخـول الحمام، وركوب السفينة من غير تعيين أجرة اكتفاء بـأجرة العـادة، وبهـذا يعرف أن الدلال لا يستحق من السعي إلا بقدر عمله فقط " .

ما يؤخذ من القضية :

يتبين لنا من هذه القضية أن القاضي الأول حكم بأن هذا العقد من قبيل الإجارة وأن المدعي يستحق الأجرة المدعى بها ، إلا أن حكمه نقض من قبل محكمة التمييز ومن قبل رئيس القضاة والسبب أن عقد الإجارة هنـا باطـل لفقد شرط العلم بقدر العمل وكون هذا العقد الباطل متضمن لعناصـر عقـد

الجعالة فإنه يتحول إلى عقد جعالة وبالتالي يستحق أجرة المثل وهذا هو تحول العقد الذي نقصده في هذا البحث .

المطلب الثاني

التطبيقات القضائية المتعلقة بالجانب النظامي

القضية الأولى[1]

تحول الكمبيالة إلى سند عادي

ا لوقائع:

بتاريخ ١/٢٣/ ١٤١٩ هـ تقدمت الشركة بطلب إلزام/ (زيد) وكفيله (عمرو) بالتضامن بدفع مبلغ ثلاثة عشر ألف وسبعمائة وأربعة ثلاثون ريالاً نظير عدد ست كمبيالات تم تحريرها من (زيد) وكفيله المسحوب عليه القابل (عمرو) والمحررة بالرياض بتاريخ ١٩٩٤/١٠/١٧م

رقم ٣١ بمبلغ ٢٢٨٩ ريالا تاريخ الاستحقاق ١٩٩٧/٦/١م
رقم ٣٢ بمبلغ ٢٢٨٩ ريالا تاريخ الاستحقاق ١٩٩٧/٧/١م
رقم ٣٣ بمبلغ ٢٢٨٩ ريالا تاريخ الاستحقاق ١٩٩٧/٨/١م
رقم ٣٤ بمبلغ ٢٢٨٩ ريالا تاريخ الاستحقاق ١٩٩٧/٩/١م
رقم ٣٥ بمبلغ ٢٢٨٩ ريالا تاريخ الاستحقاق ١٩٩٧/١٠/١م
رقم ٣٦ بمبلغ ٢٢٨٩ ريالا تاريخ الاستحقاق ١٩٩٧/١١/١م

([1]) رقم القضية ٤١٩/١٤٨، قرار رقم ٤١٩/٢١، تاريخ ١٤١٩/٥/٢٨هـ.

القرار

وبالاطلاع على نظام المحكمة التجارية ونظام الأوراق التجارية وقرار معالي وزير التجارة رقم ٨٥٩ وتاريخ ١٤٠٣/٣/١٣ هـ بشأن إجراءات الفصل في منازعات الأوراق التجارية.

وبالاطلاع على الأوراق المسماة كمبيالات محل الدعوى.

وحيث أن الأوراق التجارية محررات أو صكوك شكلية تكفل نظام الأوراق التجارية بتحديدها تحديداً دقيقاً ورتب على عدم توافرها فقدان الورقة أو الصك لهذه الصفة أي صفة الأوراق التجارية وتحولها إلى سند عادي يخضع للقواعد العامة، والنظام قد اشترط لانعقاد الورقة التجارية صحيحة أن ترد في الشكل أو القالب الذي حرره، وقد تكفلت المادة الأولى من نظام الأوراق التجارية ببيان عناصر هذه الشكلية في الكمبيالة بنصها على الحد الأدنى من البيانات التي يجب أن تذكر في الورقة وذلك عندما قررت أن تشتمل الكمبيالة على البيانات التالية:

أ- كلمة كمبيالة مكتوبة في متن الصك وباللغة التي كتب بها.

ب- أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود.

ج - اسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه).

د- مكان الوفاء.

و- اسم من يجب الوفاء له أو لأمره.

ز- تاريخ ومكان إنشاء الكمبيالة.

ح- توقيع من أنشأ الكمبيالة (الساحب).

وحيث قررت المادة الثانية أنه لا يعتبر الصك الخالي من البيانات المـذكورة في المادة السابقة كمبيالة إلا في الأحوال الآتية:
ب- وإذا خلت من بيان مكان الوفاء أو من بيان موطن المسحوب عليه اعتبر المكان المبين بجانب المسحوب عليه مكان وفائها وموطناً للمسحوب عليه.

وحيث أنه بإمعان النظر في الأوراق محل الدعوى المسماة بكمبيالات أجد أنها ليست كذلك ولا يمكن أن تعتبر ورقة تجارية لخلوها من مكان الوفـاء ودون بجانب اسم المسحوب عليه فقط البنك السعودي الأمريكي ولم يحـدد المكـان على أنه إذا تضمنت الكمبيالة مكاناً للوفاء يجب أن يكون واضحاً بما لايفيـد الشك وإلا بطلت صفة الورقة التجارية ككمبيالة.

وحيث يتضح مما سبق أن الأوراق المحـررة مـن قبـل المـدين/ (زيـد) والمسحوب عليه القابل (عمرو) لصالح شركة (...) ليست أوراق تجارية بل سندات عادية لا تخضع لنظام الأوراق التجارية ولا تنسحب عليهـا الحمايـة التي كفلها النظام.

وحيث أن اختصاص مكاتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية قد تحدد بالفصل في منازعات الأوراق التجارية وهذا يسمى الاختصاص الوظيفي.
وحيث أن المستقر عليه أن الاختصاص الوظيفي يتعلق بالنظام العام فمن ثـم يجب على مكاتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية أن تتحقق قبل الفصل في موضوع الدعوى من تعلق النزاع بورقة تجارية، وذلك دون الحاجة إلـى

الدفع بذلك من جانب الخصوم، كما أنه لا يجوز لهم الاتفاق على التنازل عن هذا الدفع لتعلقه بالنظام العام.

لذا قررت بعد الدراسة والتأمل عدم اختصاص مكتب الفصل فـي منازعـات الأوراق التجارية بنظر الدعوى.

والله ولي التوفيق،،،

عضو مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية بالرياض

القضية الثانية[1]

تحول السند لأمر إلى سند عادي

الوقائع

في ١٤٢١/٩/٢٤هـ تقدم المدعي وكالة/ (زيد) إلى مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية بالرياض، مطالباً بإلزام المدعى عليه بدفع قيمة السند لأمر المحرر من قبل المدعى عليه حسب البيانات التالية:

رقم السند	تاريخ الإنشاء	تاريخ الاستحقاق	قيمة السند
--	بدون	١٤٢١/٩/٨هـ	٩٠٠٠٠ ريال

البالغة فقط تسعون ألف (٠٠٠، ٩٠) ريال.

نظرت القضية في ١٤٢٢/١/٨هـ حضر المدعي وكالة/ (زيد) ولم يحضر المدعى عليه رغم ثبوت تبلغه بموعد الجلسة ولائحة الدعوى وذلك عن طريق أحد العاملين تحت كفالته وحيث واجه المدعي وكالة تخلف المدعى عليه عن الحضور طلب السير في نظر الدعوى وإصدار الحكم اللازم عليه قررت فتح باب المرافعة وبسؤال المدعى وكالة عن دعواه أجاب بأن المدعى عليه سحب سند لأمر موكلتي بمبلغ تسعون ألف (٠٠٠٠ ٩) ريال، وطلب إلزامه بدفع باقي قيمة السند لأمر البالغة اثنين وخمسين ألفاً وسبعمائة وسبعة وثلاثون ريالاً.

---

(1) رقم القضية ١٤٢٩، قرار رقم ١٤٢٢/٧٩، تاريخ ١٤٢٢/١/٨هـ.

الحيثيات:

حيث أن الصك المقدم للمكتب والمرفق بملف القضية لا تتـوافر فيـه جميع البيانات الضرورية لاعتباره سنداً لأمر بموجب أحكام نظـام الأوراق التجارية.

حيث خلا من تاريخ الإنشاء الذي يعتبر شرطاً أساسياً لاعتبار الورقـة تجارية مما سبب في تغيير السند لأمر إلى سند عادي مما يستوجب معـه رد الدعوى ابتداء.

وبعد التأمل والدراسة أصدرت القرار التالي:

رد دعوى المدعي ابتداء لخلو السند لأمر من تاريخ الإنشاء مما أفقـده شرطاً أساسياً من

الشروط الشكلية الواجب توافرها في السند لأمر.

قرار صدر وجاهياً بحق المدعي ووجاهياً اعتبارياً بحق المدعى عليـه، وتلي علناً بالجلسة، ولصاحب الشأن حق الاعتراض عليه أمام معالي وزيـر التجارة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبلغه بصورة منه.

والله ولي التوفيق،،،

عضو مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية بالرياض

القضية الثالثة [1]

تحول الشيك إلى سند عادي

الوقائع:

تقدم المدعي مدعياً أن المدعى عليه حرر له ووقع شيكاً على البنك (...) فرع (...) تاريخ "بدون " ورقم ٥٧٤٣٥ بمبلغ خمسمائة وثمانية وثلاثين ألف ريال وعند تقديمه للبنك امتنع عن صرفه لعدم كفاية الرصيد وطلب المدعي الزام المدعى عليه بدفع قيمة الشيك المدعى به، ثم نظر في هذه القضية يوم ١٤٢١/١١/١٩هـ وفيه حضر وكيل المدعي (زيد) كما حضر المدعى عليه بنفسه.

الحيثيات:

ولما أن الورقة المدعى بها جاءت خالية من التاريخ وللنظر في الدعوى في الأوراق التجارية يلزم سلامة الشكل والموضوع ولما أن الورقة المدعى بها المسماة شيكاً خلت من التاريخ ولما أن المادة (٩٠) من نظام الأوراق التجارية عددت البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الشيك وجاءت الفقرة (هـ) منها "تاريخ ومكان إنشاء الشيك " ولما أن المادة (٩٢) من ذات النظام بينت أن الصك الخالي من أحد البيانات المذكورة في المادة (٩١) لا يعتبر شيكاً إلا في الحالتين الآتيتين:

([1]) القضية رقم : ٢١/١٤١٣ ،القرار رقم :٢١/٨٣٣ ،وتاريخ ١٤٢١/١١/٩هـ

أ) إذا خلى الشيك من بيان مكان وفاءه اعتبر مستحق الوفاء في المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه فإذا تعددت الأماكن المبينة بجانب اسم المـسحوب عليه اعتبر الشيك مستحق الوفاء في أول مكان منها، وإذا خلى الشيك من هذه البيانات أو من بيان آخر اعتبر مستحق الوفاء في المكان الذي يقع فيه المحل الرئيسي للمسحوب عليه.

ب) إذا خلى الشيك من بيان مكان الإنشاء اعتبر منشأ في المكان المبين فـي جانب اسم الساحب.

ولما أن الصك المقدم في هذه الدعوى خلى من تاريخ الإنشاء ولمـا أن المادة (٩١) من النظام عددت بيانات الشيك ووضحت المادة (٩٢) من النظام أن الصك الخالي من البيانات الواردة في المادة (٩١) لا يعتبر شيكاً إلا فـي حالتين أوردتهما سلفاً وليس من بينهما استثناء التاريخ ولذا يصبح هذا الصك سنداً عادياً لا يختص مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية في نظـره والتفت عن نظره موضوعاً.

ولذا وبعد الرجوع لنظام المحكمة التجارية ونظام الأوراق التجاريـة وقرار معالي وزير التجارة رقـم ٨٥٩ وتـاريخ ١٤٠٣/٣/١٣هـ ـ بـشأن إجراءات الفصل في منازعات الأوراق التجارية وبدراسة الـدعوى وتأملهـا قررت الآتي:

عدم اختصاص مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية في مطالبة (عمرو) بما ادعاه شيكاً.

قرار صدر وجاهياً، وتلي علناً في الجلسة، ولصاحب الشأن حق الاعتراض عليه أمام

معالي وزير التجارة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبلغه بصورة منه.

والله ولى التوفيق،،،

عضو مكتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية بالرياض

مايؤخذ من القضايا السابقة :

بالنظر إلى القضايا السابقة نجد أن أعضاء اللجان قد حكموا ببطلان الأوراق التجارية وذلك لتخلف بيان أو أكثر من البيانات الأساسية اللازم توفرها فيها، وبناء عليه لا تخضع لنظام الأوراق التجارية ،وحكموا بأنها سندات عادية تخضع للقواعد العامة وهذا هو تحول العقود الذي تحدثنا عنه حيث تحولت الأوراق التجارية (الكمبيالة – السند لأمر – الشيك) إلى سندات عادية لوجود عناصر السند العادي في هذه الأوراق الباطلة، ونجد أن الأعضاء ساروا على المبدأ المقرر في الفقه الإسلامي حيث لم يراعوا اتجاه إرادة المتعاقدين.

الخـاتـمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والحمد لله الذي أعانني على إكمال هذا البحث وإتمامه، فما كان فيه من صواب فمن الله وما كان فيه من خطأ أو نقص فهو مني، وأستغفر الله وأتوب إليه.

وفي نهاية هذا البحث المتواضع أريد تذييله بهذه الخاتمة التي تضم فـي محتواها أبرز ما توصلت إليه من نتائج وبعض التوصيات التي أسـأل الله أن ينفع بها.

أولاً: أهم النتائج التي توصلت إليها:

١- أنه يقصد بتحول العقد في الفقه والنظام أن العقد الذي حكـم ببطلانـه بطلاناً كلياً، وكان مشتملاً على عناصر عقد صحيح آخر، فإن العقـد الباطل الأصلي يتحول إلى العقد الصحيح الجديد، وبناء عليه تطبق على العقد أحكام العقد الجديد وتترتب عليه آثاره الشرعية.
٢- أن الفقه الإسلامي له الأسبقية في الأخذ بفكرة تحول العقد فهي موجودة في كتب الفقهاء في العصور المتقدمة قبل أن يخرجها شراح القـوانين

على هيئة نظرية، في حين لم تولد هذه الفكرة في النظام إلا في القـرن التاسع عشر حينما صاغها الفقهاء الألمان وأخذ بهـا القـانون المـدني الألماني كقاعدة عامة في المادة (١٤٠).

٣- لم أجد للنظام السعودي نصاً يقرر نظرية تحول العقد، وعدم وجود نص لا يعني عدم الأخذ بها، وإنما يرجع فيها إلى القواعد العامة.

٤- أن مصطلح تحول العقد قد يشتبه ببعض النظم والمصطلحات كالانتقاص والإقرار والتكييف و التطويع وغيرها، إلا أن هناك قاعدة أساسية يمكن أن يرتكز عليها مصطلح تحول العقد وتتفرع من هـذه القاعـدة بقيـة الفروق التي تميزه عن غيره ألا وهي: " أن تحول العقد هو تحول العقد الباطل بطلاناً كلياً إلى عقد آخر صحيح كان مشتملاً علـى عناصـره بحيث ينتج آثاره المترتبة شرعاً " وبذلك يكون تحول العقد نظاماً مستقلاً بطبيعته وشروطه وآثاره.

٥- أنه لابد لقيام عملية تحول العقد من شروط ثلاثة:

الأول: بطلان العقد الأصلي ولابد أن يكون البطلان بطلاناً كاملاً.

الثاني: اشتمال العقد الأصلي على عناصر عقد آخر صحيح، ولا يشترط على الأرجح أن يكون للعقد الأصلي نوعاً يختلف عن العقد الجديد، فيكفي أن يميز العقد الجديد عن العقد الباطل أي تغير ما.

ولا يعني الاشتمال بأي حال من الأحوال الاحتواء، وإنما يكفـي فيه التوافق، ومعناه أن يكون هناك رابطة بـين العقـدين توصـف برابطة الغرض والغاية التي قصدها المتعاقدان.

الثالث: اتجاه الإرادة إلى إعمال التحول

والإرادة هنا إما أن تكون إرادة المتعاقدين أو إرادة القضاء، أما في الفقه الإسلامي فلا عبرة بإرادة المتعاقدين لأن دورها مقصور على إنشاء العقود، أما مقتضيات العقود وأحكامها فيرتبها الشارع الحكيم وعلى هذا تتسع صلاحيات القاضي في إعمال التحول.

أما في النظام فقد اختلف شراح القوانين في الأخذ بإرادة المتعاقدين بين معتبر لها ومهمل، وبناء عليها تتقلص صلاحيات القاضي وتتسع حسب الاعتبار والإهمال، ولم أرى ما يرجح أحد هذه المواقف عن الأخر إلا أن السير مع أحكام الشريعة الإسلامية هو أفضل الطرق لتحريك عملية الاقتصاد في المجتمع وخصوصاً إذا علمنا أن الموقف الذي يراعي متطلبات الاقتصاد الموجه يأخذ بمبدأ يشتبه كثيراً بمبدأ الفقه الإسلامي إن لم يكن هو نفسه.

٦- أن آثار التحول تختلف تبعاً لاختلاف المبادئ التي يقوم عليها العقد، فنجد في الفقه الإسلامي أن العاقدان وإن كان لهما الحرية في إنشاء العقود إلا أن أحكامها وآثارها تكون من الشارع لا من العاقد ونجد في القوانين الوضعية أن إرادة المتعاقدين كما أن الحرية في إنشاء العقود لها الحرية كذلك في ترتيب الآثار والأحكام ما لم تخالف النظام العام الآداب العامة.

ونجد أن في النظم والقوانين ذات الاقتصاد الموجه التي تقدم مصلحة المجتمع على مصلحة الأفراد أن آثار العقد خاضعة للنظام العام ولمتطلبات خطة التنمية.

٧- أن مصطلح ونظرية تحول العقد كغيرها لا تخلو من تطبيقـات فلها تطبيقات في الفقه الإسلامي ولها تطبيقات في النظام ولها أيضاً تطبيقات قضائية.

٨- أن القضاء في المملكة العربية الـسعودية يأخـذ بمبـدأ الفقـه الإسلامي في إعمال تحول العقد سواء كان فيمـا يخـص الجانـب الفقهي الذي تمثله المحاكم العامة أو في الجانب النظامي الذي تمثله اللجان القضائية الأخرى كمكتب الفـصل فـي منازعـات الأوراق التجارية، حيث لا يعتد بإرادة المتعاقدين في إعمال التحول، ويجعل التحول مأطور بإطار الأحكام الشرعية والنصوص النظامية حيـث يستلزم الموافقة وعدم المخالفة.

هذه أبرز النتائج التي توصلت إليها في هذا البحـث المتواضـع ، وإن كانت مقصورة على ما له علاقة مباشرة بموضوع تحول العقد

ثانياً: توصيات البحث

١- أن يحرص المنظم وكل من له علاقة بوضع الأنظمة وصياغتها من مستشارين وباحثين وغيرهم إلى إيجاد نصوص نظامية تخدم موضوع تحول العقد بشرط الموافقة لأحكام الشريعة الإسلامية، لما يحققه ذلك من مصلحة للاقتصاد وعود بالنفع على المجتمع والأفراد لما يتضمنه من تصحيح العقود والتقليل من حالات البطلان والفساد.

٢- أن يحرص كل من لهم علاقة بالقضاء سواء كانوا من قضاة المحاكم العامة أو الدوائر واللجان القضائية الأخرى على دراسة هذه النظرية دراسة وافية حتى يعلموا حقيقتها وشروطها ليتسنى لهم بعد إعمالها وتطبيقها بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية ويحقق المصلحة العامة.

٣- أن يقوم الباحثون بدراسة هذه النظرية سواء كانوا أساتذة أم دارسين دراسة وافية ومستفيضة للوقوف على تفصيلات هذا الموضوع والتبحر في جزئياته، لإضافة ما يحصل فيه من نقص ولتعديل ما يحصل فيه خطأ ولبس، إسهاماً منهم في تحقيق غايات الناس وأهدافهم الاقتصادية والاجتماعية، وأسوة بعلماء الشريعة حينما بحثوا مثل هذا الموضوع ونشروا تطبيقاته في الكتب الفقهية.

٤- أن يحرص كل من لهم علاقة بالعقود، سـواء كـانوا أفـراد أو شركات أو مؤسسات أو غيرها على فهم نظرية تحول العقـد والعمـل بمقتضاها لما تحققه من مصالح على الأفراد والمجتمعات.

وبهذه الوصية نكون قد وصلنا إلى نهاية هذه الأطروحة وهـذا البحـث المتواضع ، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصـحبه أجمعـين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الفهارس

- فهرس الآيـ ـات.
- فهرس الأحـ ـاديث.
- فهرس الأعـ ـلام.
- فهرس المصادر والمراجع.
- فهرس الموضوعـات.

فهرس الآيات

الآية	السورة	الآية	الصفحة
"ولا تعزموا عقدة النكاح"	البقرة	٢٣٥	١٧
"ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوأموالكم بينكم"	النساء	٢٩	١٢٩
"ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"	المائدة	١	١٢٩
"ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان"	المائدة	٨٩	١٦

فهرس الأحاديث

الحديث	الصفحة
" أتي النبي صلى الله عليه وسلم بلحم"	٧٩

فهرس الأعلام

العلم	الصفحة
ابن تيمية : ابو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبدالسلام بن تيمية	١١٢
الجصاص: ابو بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي	١٩
الرازي : ابو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي	١٦
ابن رجب : عبدالرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي	٤٠
الشاطبي : ابو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي	١٢٧

فهرس المصادر والمراجع

- **الإجارة المنتهية بالتمليك** :

خالد بن عبد الله بن براك الحافي، الطبعة الثانية، ١٤٢١ هـ، الرياض.

- **الإجازة في التصرفات القانونية**:

عبد الرزاق حسن فرج، سنة ١٩٨٣، مطبعة الفجر الجديد، القاهرة.

- **أحكام العقود في الشريعة الإسلامية**:

عبد الناصر توفيق العطار، سنة ١٩٧٥ ، مطبعة السعادة، القاهرة.

- **أحكام العقود في الشريعة الإسلامية**:

محمد أحمد الدهمي، محمود محمد علي، عبد العزيز محمد عزام، القاهرة.

- **أحكام القرآن**:

أبو بكر أحمد علي الرازي الجصاص (ت ٣٧٠)، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، سنة ١٤٠٥، دار إحياء التراث، بيروت.

• **أحكام إنقاص العقد الباطل**:
عادل حسن علي السيد، مكتبة زهراء الشرق، القاهرة.

• **إرشاد الفحول:**
محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت ١٢٥٠)، تحقيق: محمـد سـعيد البدري، الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ، دار الفكر، بيروت.

• **الأشباه والنظائر**:
جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر الـسيوطي (ت ٩١١)، تحقيـق: محمد المعتصم بالله البغدادي، الطبعة الثالثة ١٤١٧ هـ، دار الكتاب العربي.

• **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان:**
زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ، مكتبة نـزار مصطفى الباز، مكة المكرمة-الرياض.

• **أصول السرخسي:**
أبو بكر محمد بن أحمد أبي سهل السرخسي (ت ٤٩٠)، دار المعرفـة بيروت.

• **إعلام الموقعين عن رب العالمين:**
شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزيـة، رتبـه وظبطه: محمد عبد السلام إبراهيم، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

• **الإعلام:**
خير الدين محمود الزركلي (توفي عام ١٣٩٦هـ)، دار العلم للملايـين، بيروت، الطبعة الخامسة، سنة ١٩٨٠م.

• **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل:**
شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، دار المعرفة، بيروت.

• **الأموال ونظرية العقد:**
محمد يوسف موسى، سنة ١٤١٧ هـ، دار الفكر العربي مدينة نصر – مصر.

• **الأوراق التجارية في النظام السعودي:**
زينب السيد سلامة، مطابع جامعة الملك سعود.

• **الإيجار المنتهي بالتمليك:**
محمد جبر الألفي، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي جدة،الدورة الثانيـة عشر.

• **البحر الرائق شرح كنز الدقائق:**
زين الدين ابن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠)، الطبعة الثانية، دار المعرفـة، بيروت.

• **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع:**
علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧)، الطبعـة الثانية ١٩٨٢، دار الكتاب العربي.

• **بطلان التصرف القانوني:**
جميل الشرقاوي، سنة ١٩٥٦، جامعة القاهرة.

• **بغية الوعاة:**
الحافظ جلال الدين السيوطي (ت ٩١١)، تحقيق: محمد أبي الفضل إبـراهيم، المكتبة العصرية، بيروت – لبنان.

• **تاج العروس من جواهر القاموس:**
محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تحقيق : عبد العزيز مطـر، التـراث العربي.
• **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق:**
فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، سنة ١٣١٣ هـ، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.

• **تحول التصرف القانوني:**
أحمد يسري، سنة ١٩٥٨، الرسالة.

• **تحول العقد:**
صاحب عبيد الفتلاوي، الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ، مكتبـة دار الثقافـة عمان – الأردن.

• **تحول العقد وأثره في الفقه الإسلامي:**
عبد القادر بن سليمان الحفظي، رسالة دكتوراه ١٤١٥، المعهد العـالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود.

• **التنبيه:**

إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي أبو إسـحاق (ت ٤٧٦)، تحقيق: عماد الدين أحمد حيدر، الطبعة الأولـى ١٤٠٣، عـالم الكتـب، بيروت.

- **توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية:**
عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الطبعة الأولى ١٤٢٣ هـ.

- **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**:
شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ، دار الفكر، بيروت.

- **حاشية رد المحتار على الدر المختار**:
محمد أمين المعـروف بابن عابدين (ت ١٢٥٢)، سنة ١٤٢١ هـ، دار الفكر، بيروت – لبنان.

- **الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة:**
ابن حجر العسقلاني، طبعة مجلس دار المعارف العثمانية، حيدر أباد – الهند – سنة ١٣٩٢هـ.

• **الذيل على طبقات الحنابلة:**
زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن شهاب الـدين أحمـد البغـدادي (ت ٧٩٥)، دار المعرفة، بيروت – لبنان.

• **الروض المربع شرح زاد المستقنع مع حاشية ابن قاسم:**
منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت ١٠٥١)، الطبعـة الـسابعة ١٤١٧.

• **روضة الطالبين:**
الإمام ابن زكريا يحيى شرف الدين النووي ت(٦٧٦)، الطبعة الثانيـة ١٤٠٥، المكتب الإسلامي، بيروت.

• **سير أعلام النبلاء:**
محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي أبو عبـد الله (ت ٧٤٨)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، محمد نعيم، الطبعة التاسعة ١٤١٣، مؤسـسة الرسالة، بيروت.

• **شذرات الذهب في أخبار من ذهب:**

أبو الفلاح عبد الحي عماد، تحقيق: لجنة إحياء التـراث العربـي، دار الآفاق، بيروت.

• **شرح القواعد الفقهية**:
أحمد محمد الزرقاء (ت ١٣٥٧ هـ)، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق.

• **الشريعة الإسلامية**:
بدران أبو العينين.

• **صحيح البخاري مع فتح الباري:**
أبو عبد الله محمد إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦)، ترقيم: محمد فؤاد عبـد الباقي، وإشراف: محب الدين الخطيب، وتعليق: عبد العزيز بـن بـاز، المكتبة السلفية.

• **صحيح مسلم:**
أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت٢٦١هـ)، تحقيـق: محمد فؤاد عبد الباقي، سنة ١٤٠٠ هـ، رئاسة الإفتاء، الرياض.

• **ضوابط العقود في الفقه الإسلامي**:

عدنان خالد التركماني، سنة ١٤٠١ هـ، دار الشروق، جدة.

- **طبقات الحنفية**:

عبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشـي أو محمـد (ت ٧٧٥)، مير محمد كتب خانه كراتشي.

- **طبقات الشافعية الكبرى**:

تاج الدين بن علي عبد الكافي السبكي (ت ٧٧١)، تحقيـق: محمـود الطناحي – عبد الفتاح الحلو، الطبعة الثانية ١٤١٣، هجر.

- **عقد الإجار المنتهي بالتمليك:**

سعد بن ناصر الشثري، الطبعـة الأولـى ١٤٢١ هـ ـ، دار الحبيـب، الرياض.

- **الفتاوى الكبرى:**

ابوالعباس أحمد بن عبدالحليم المعروف بابن تيمية، دار الكتب الحديثة

- **القاموس المحيط**:

مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقـوب الـشافعي (ت ٨١٧)، سـنة ١٤١٥ هـ، دار الفكر، بيروت.

• **قواعد الفقه:**
محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، الطبعة الأولـى ١٤٠٧ هـ ـ، الصدف ببلشرز، كراتشي.

• **القواعد في الفقه الإسلامي**:
زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب، تحقيق: طه عبد الـرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.

• **لسان العرب**:
أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور (ت ٧١١)، سـنة ١٩٥٥، دار بيروت للطباعة، بيروت.

• **المبسوط**:
شمس الدين أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي، دار المعرفة.

• **مجلة الأحكام الشرعية:**
أحمد بن عبد الله القاري، تحقيق: عبد الوهاب أبـو سـليمان – محمـد إبراهيم علي، عام ١٤٠١ هـ، تهامة، جدة.

• **مجلة الأحكام العدلية**:
سنة ١٩٦٨م، مطبعة شعاركو، دمشق.

• **المحلى**:
أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

• **مختار الصحاح**:
زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت ٦٦٦)، الطبعة السابعة ١٤١٨ هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت.

• **المدخل لدراسة الفقه الإسلامي**: محمد مصطفى شلبي، سنة ١٩٥٦م، مطبعة دار التأليف، الإسكندرية.

• **مصادر الالتزام:**
أمجد محمد منصور، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني ٢٠٠٣ م، دار الثقافة، عمان – الأردن.

• **مصادر الالتزام في القانون المدني الليبي**:
عبد السلام التونجي، الطبعة الأولى ١٣٩٦ هـ، مطابع الحقيقة.

• **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**:

عبد الرزاق أحمد السنهوري، سنة ١٩٦٧م، جامعة الـدول العربيـة، القاهرة.

• **المصباح المنير:**

أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، اعتنى بها : يوسـف الـشيخ محمد، الطبعة الثانية ١٤٢٠ هـ، المكتبة العصرية، صيدا – بيروت.

• **معجم المؤلفين:**

عمر رضا كحالة، تراجم مصنف الكتب العربية، مطبعة التراقي، دمشق، سنة ١٩٧٥م.

• **المعجم الوسيط:**

مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الطبعـة الثالثـة ١٩٨٥م، مجمـع اللغـة العربية، القاهرة – مصر.

• **معجم مقاييس اللغة:**

أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي (ت ٣٩٠)، دار الكتب العلمية.

• **مغني المحتاج:**

محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.

• **المغني**:
موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسـي (ت ٦٢٠)، تحقيق: عبد الله التركي – عبدالفتاح الحلو، الطبعة الثالثة ١٤١٧ هـ، دار عالم الكتب، الرياض.

• **المقصد الأرشد**:
برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبـد الله ابـن مفلـح (ت ٨٨٤)، تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ، مكتبـة الرشد، الرياض.

• **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية:**
أحمد فراج حسين، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية.

• **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**:
محمد أبو زهرة، سنة ١٣٩٦م، دار الفكر العربي، القاهرة.

• **المهذب**:
أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الفكر، بيروت.

• **النظرية العامة للالتزام:**
أنور سلطان، سنة ١٩٦٢م، دار المعارف، القاهرة.

• **نظرية العقد:**
إدريس العلوي العبدلاوي، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ.

• **نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي:**
عبد الرزاق حسن فرج، سنة ١٩٦٨م، جامعة القاهرة، القاهرة.

• **نظرية العقد:**
سليمان مرقس، سنة ١٩٥٦م، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية.

• **نظرية العقد:**
عاطف النقيب، سنة ١٩٨٨م، منشورات عويدات، بيروت.

• **نظرية العقد:**
عبد الرزاق أحمد السنهوري، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت – لبنان.

• **نظرية العقد:**

عبد العظيم شرف الدين، الطبعة الأولى ١٩٨٨م، القاهرة.

- **نظرية العقد في البلاد العربية:**

عبد المنعم فرج الصدة، سنة ١٩٧٤م، دار النهضة العربية، بيروت.

- **نظرية العقد في الفقه الإسلامي:**

محمد أحمد سراج، سنة ١٤١٤هـ، سعد سمك للطباعة، القاهرة.

- **نظرية العقد:**

محيي الدين إسماعيل علم الدين، الطبعة الثالثة ١٩٩٤م، دار النهضة العربية، القاهرة.

- **نظرية العقد والإرادة المنفردة:**

عبد الفتاح عبد الباقي، سنة ١٩٨٤م.

- **نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي:**

د. محمد حسنين، سنة ١٩٨٨م، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.

- **نظرية بطلان العقود وإبطالها في قانون الالتزامات والعقود:**

شكري أحمد السباعي، سنة ١٩٧١م، المطبعة المثالية، الرباط.

• **الهداية شرح البداية:**
أبي الحسين علي بن أبي بكر ابن عبد الجليل الرشداني المرغيباني (ت ٥٩٣)، المكتبة الإسلامية.

• **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد:**
عبد الرزاق أحمد الـسنهوري، سـنة ١٩٥٢م، دار النـشر للجامعـات المصرية، القاهرة.

• **الوسيط في نظرية العقد:**
عبد المجيد الحكيم، سنة ١٩٦٧م، شركة الطبع والنشر الأهلية – بغداد.

• **وفيات الأعيان:**
أبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكـان (ت ٦٨١)، تحقيق: د. إحسان عباس، دار صادر، بيروت – لبنان.

فهرس الموضوعات

المقدمـ ـة..... ١
الفصل التمهيدي.....١٤
المبحث الأول ١٥
تعريف العقد ١٥
المطلب الأول ١٦
تعريف العقد في اللغة ١٦
المطلب الثاني..... ١٨
تعريف العقد في الشريعة الإسلامية..... ١٨
المطلب الثالث..... ٢١
معنى العقد في النظام..... ٢١
المبحث الثاني ٢٦
أقسام العقد من حيث الصحة والبطلان ٢٦
المطلب الأول..... ٣٠
أقسام العقد من حيث الصحة والبطلان في الفقه الإسلامي ٣٠
المطلب الثاني..... ٣٥
أقسام العقد من حيث الصحة والبطلان في النظام..... ٣٥
المبحث الثالث..... ٣٨
المقصود بتحول العقد..... ٣٨
المطلب الأول..... ٣٩

المقصود بتحول العقد في الفقه الإسلامي..... ٣٩
المطلب الثاني..... ٤٣
المقصود بتحول العقد في النظام ٤٣
الفصل الأول..... ٤٧
تمييز تحول العقد عما يشتبه به ٤٧
المبحث الأول ٤٩
تحول العقد والانتقاص (البطلان الجزئي) ٤٩
المطلب الأول..... ٥٠
نبذة في معنى الانتقاص ٥٠
المطلب الثاني..... ٥٣
تمييز التحول عن الانتقاص..... ٥٣
المبحث الثاني ٥٥
تحول العقد وإجازته ٥٥
المطلب الأول..... ٥٦
نبذة في معنى الإجازة..... ٥٦
المطلب الثاني..... ٥٩
تمييز التحول عن الإجازة ٥٩
المبحث الثالث ٦٢
تحول العقد وإقرا ره.....٦٢
المطلب الأول..... ٦٣
نبذة في معنى الإقرار ٦٣
المطلب الثاني..... ٦٦

تمييز التحول عن الإقرار..... ٦٦
المبحث الرابع ٦٧
تحول العقد وتطويعه ٦٧
المطلب الأول..... ٦٩
نبذة في معنى التطويع..... ٦٩
المطلب الثاني..... ٧١
تمييز التحول عن التطويع ٧١
المبحث الخامس ٧١
تحول العقد وتفسيره..... ٧١
المطلب الأول..... ٧٣
نبذة في معنى تفسير العقد ٧٣
المطلب الثاني..... ٧٥
تمييز تحول العقد عن تفسيره..... ٧٥
المبحث السادس ٧٦
تحول العقد وتكييفه ٧٦
المطلب الأول..... ٧٨
نبذة في معنى التكييف..... ٧٨
المطلب الثاني..... ٨٠
تمييز تحول العقد عن تكييفه..... ٨٠
الفصل الثاني..... ٨٤
شروط تحول العقد ٨٤
المبحث الأول ٨٧

تعرض العقد للبطلان ٨٧
المطلب الأول ٨٩
مفهوم البطلان والغاية منه ٨٩
المطلب الثاني ٩٣
أسباب البطلان ٩٣
المطلب الثالث ٩٦
مراتب البطلان ٩٦
المطلب الرابع ١٠٤
تمييز البطلان عما يشتبه به ١٠٤
المبحث الثاني ١٠٥
الإرادة في تحول العقد ١٠٥
المطلب الأول ١٠٨
إرادة المتعاقدين في تحول العقد ١٠٨
المطلب الثاني ١١٤
إرادة القضاء في تحول العقد ١١٤
المبحث الثالث ١١٨
موافقة العقد الباطل أركان عقد صحيح آخر أو عناصره ١١٨
المطلب الأول ١١٩
الطبيعة القانونية للعقد الصحيح الآخر ١١٩
المطلب الثاني ١٢٢
أركان أو عناصر العقد الجديد ١٢٢
الفصل الثالث ١٢٥

آثار تحول العقد.....١٢٥
المبحث الأول ١٢٧
آثار التحول في الفقه الإسلامي.....١٢٧
المبحث الثاني ١٣٢
آثار التحول في النظام.....١٣٢
المبحث الثالث ١٣٢
آثار التحول من حيث الزمان والمكان ١٣٢
المطلب الأول.....١٣٧
آثار التحول من حيث الزمان.....١٣٧
المطلب الثاني.....١٣٨
آثار التحول من حيث الأشخاص.....١٣٨
الفصل الرابع.....١٤٠
تطبيقات على تحول العقد.....١٤٠
المبحث الأول ١٤٢
تطبيقات على تحول العقد في الفقه الإسلامي ١٤٢
المطلب الأول.....١٤٣
تحول عقد السلم إلى عقد بيع والعكس.....١٤٣
المطلب الثاني.....١٤٥
تحول عقد الهبة إلى عقد بيع والعكس.....١٤٥
المطلب الثالث.....١٤٧
تحول عقد المضاربة إلى عقد قرض.....١٤٧
المطلب الرابع.....١٤٩

تحول عقد الاستصناع إلى عقد سلم.....١٤٩
المطلب الخامس.....١٥٠
تحول عقد الإيجار المنتهي بالتمليك إلى عقد بيع ١٥٠
المبحث الثاني ١٥٣
تطبيقات على تحول العقد في النظام السعودي ١٥٣
المطلب الأول.....١٥٤
التطبيقات على تحول العقد في نظام الأوراق التجارية.....١٥٤
المطلب الثاني.....١٦١
التطبيقات على تحول العقد في نظام الشركات.....١٦١
المبحث الثالث ١٦١
التطبيقات القضائية على تحول العقد ١٦١
المطلب الأول.....١٦٦
التطبيقات القضائية المتعلقة بالجانب الفقهي ١٦٦
القضية الأولى ١٦٦
تحول عقد إيجار منتهي بالتمليك إلى عقد بيع ١٦٦
القضية الثانية ١٦٩
تحول عقد البيع إلى عقد رهن.....١٦٩
القضية الثالثة ١٧٢
تحول عقد الإجارة إلى عقد جعالة ١٧٢
المطلب الثاني.....١٧٥
التطبيقات القضائية المتعلقة بالجانب النظامي.....١٧٥
القضية الأولى ١٧٥

تحول الكمبيالة إلى سند عادي ١٧٥
القضية الثانية ١٧٩
تحول السند لأمر إلى سند عادي ١٧٩
القضية الثالثة ١٨١
تحول الشيك إلى سند عادي ١٨١
الخـ ـاتـ ـمة ١٨٤
أولاً: أهم النتائج التي توصلت إليها: ١٨٤
ثانياً: توصيات البحث ١٨٨
فهرس الآيات ١٩١
فهرس الأحاديث ١٩٢
فهرس الأعلام ١٩٣
فهرس المصادر والمراجع ١٩٤
فهرس الموضوعات ٢١٠